


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE
RI
TAS



[illegible]

Zeitschrift

für

deutsches Recht

und

deutsche Rechtswissenschaft.

In Verbindung mit vielen Gelehrten

herausgegeben

von

Beseler, Reyscher und Wilda.

Eilfter Band.

Tübingen,

Verlag und Druck von Ludw. Fr. Fues.

1847.

Inhalt des eilften Bandes.

Berichtigungen.

Seite 152. Linie 15 v. u. statt jedem lese: jeder.
— 157. — 20 v. o. statt dieses Standes lese: dieser Stände.
— 160. Die Note ** gehört zum vorletzten Satze, schließend mit: betreffend.
— 265. Note. Statt ; setze : (Doppelpunkt).

Bei diesem Anlaß erlauben wir uns auf einige Druckfehler und Auslassungen in den gedruckten

Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt a/M. vom Jahr 1846 aufmerksam zu machen: Seite 45. Linie 5 v. u. statt diese setze: dieß. S. 47. Lin. 18 v. o. statt Und setze: Auch. S. 49. Lin. 8 v. u. statt Norwegen setze: Pommern-Rügen. S. 50. Lin. 11, statt wie eine Jury setze: (wie eine Jury). S. 51. Lin. 16 v. u. statt und setze: auch. S. 90. Lin. 5 v. o. statt an einem jus civile zu Belegstellen setze: an Belegstellen aus dem jus civile. Lin. 19. statt Ist glaube nicht setze: Ich glaube nicht. S. 131. Lin. 7. nach alte setze: Lübek des 14. u. 15. Jahrhunderts. Lin. 8. statt alten Straßen der ꝛc. setze: Straßen der alten ꝛc. Lin. 9 statt der alten setze: einer längst vergangenen. Lin. 10. nach Verhältnisse setze: Lübeks. Lin. 11. statt darin doch setze: doch dort.

I.

Ueber die neueste deutsche Gesetzgebung in Wechsel-Sachen.

Von

Schöff Dr. Souchay

zu Frankfurt am Main.

Wenn man bedenkt, daß bald nach der Bildung des deutschen Zoll-Vereins (auf der ersten General-Conferenz zu München im Jahre 1836) der Antrag auf Berathung einer gemeinschaftlichen Handels- und Wechsel-Gesetzgebung für die Zoll-Vereins-Staaten von der k. württembergischen Regierung gestellt worden ist, und daß dieser Antrag 10 Jahre später (auf der achten General-Conferenz zu Berlin im Jahre 1846) wiederholt werden mußte, ohne seitdem zu einem Ergebnisse geführt zu haben; wenn man ferner die unläugbaren Schwierigkeiten eines solchen gemeinsamen Werkes erwägt, so ist es nicht zu verwundern, daß in den einzelnen Staaten des Vereins, wo ein Bedürfniß zu einer Ergänzung und Veränderung der Gesetze über Handels- und Wechsel-Verhältnisse hervortritt, die Befriedigung dieses Bedürfnisses nicht bis dahin hinausgeschoben werden will, wo die Regierungen des Zoll-Vereins sich hierüber einigen werden. So sehen wir denn überall in den Vereins-Staaten Entwürfe zu diesem Behuf hervortreten und es ist zu erwarten, daß solche demnächst noch mit anderen werden vermehrt werden.

Die Frage ist: ob man auf diesem Wege nicht weiter auseinander kommen wird, als es schon seither der Fall war? Denn während die Bestimmungen, welche sich aus dem Leben von selbst durch

Gewohnheit bilden, der gemeinsamen Ansicht derer folgen, die in ihrem gegenseitigen Verkehr daran bilden helfen und, bei einer mehr oder weniger stattfindenden Gleichmäßigkeit der deutschen Handels- und Wechsels-Verhältnisse, in einer steten Annäherung begriffen sind; werden dagegen bei einer positiven Gesetzgebung Grundsätze festgestellt, welche der weiteren Entwicklung der rechtlichen Ansichten eine bestimmte Richtung geben und in ihren Folgerungen weit von einander abführen können, wenn der Ausgangspunkt ein verschiedener ist. Deßwegen ist zu wünschen, daß wenigstens eine Verständigung über die leitenden Grundsätze des Wechselrechts unter den Zoll-Vereins-Staaten baldigst versucht und herbeigeführt werde, wie dieß auch der k. Sächsische Justiz-Minister in den Verhandlungen der dortigen zweiten Kammer ausgesprochen hat (Mittheilungen dieser Verh. des Jahres 1845. S. 554). Es ist nicht meine Absicht, die von Mittermaier in seinem verdienstlichen Berichte über den Zustand der Wechselgesetzgebung verschiedener Staaten (Archiv für civilist. Praxis Bd. XXV—XXVII) durchgegangenen Entwürfe nochmals zu prüfen. Seit jenem Berichte ist jedoch der k. Sächsische Entwurf bei der zweiten Kammer zur Vorlage gekommen und ihre Verhandlungen bieten zu dem obigen Text neue Varianten, insbesondere in Vergleichung mit den zu Frankfurt am 12. Nov. 1844 erlassenen Wechsel-Novellen, worauf dort häufig Bezug genommen worden ist. Zieht man die neue Wechsel-Ordnung von Bremen und den Entwurf für Braunschweig hinzu, so kann man nur eine Bestätigung des Gesagten finden. Denn auf vier bedeutenden deutschen Handelsplätzen — Leipzig, Frankfurt, Bremen, Braunschweig — wird eine große Verschiedenheit der Wechselgesetzgebung stattfinden, wenn nicht gegen die drohende Verwirrung Rath geschafft werden kann. Um dieses näher zu zeigen und zu beweisen, sind die nachstehenden Bemerkungen mit vorzugsweiser Beziehung auf die genannten Entwürfe, Gesetze und Staaten abgefaßt worden. Sie verbreiten sich:

1) über die Frage: soll ausserhalb des geschriebenen Wechselrechts die Gewohnheit als Quelle beibehalten werden? §. 1.

2) Ueber die Bedeutung des Wechsels und des Wechsel-Accepts. §. 2.

3) Darüber, welchen Urkunden die Wechselkraft beizulegen ist: über Tratten, Anweisungen und eigene Wechsel. §§. 3. u. 4.

4) Ueber die Wechsel und Schuldverschreibungen zahlbar an den Inhaber. §§. 5. u. 6.

5) Ueber die wesentlichen Bestandtheile eines Wechsels. §. 7.

6) Ueber die Begebung der Wechsel, mit ausgefülltem, oder nicht ausgefülltem Indossament. §. 8.

7) Ueber die Wechselfähigkeit. §. 9.

8) Ueber Annahme, Benachrichtigung Mangel Annahme, Securitäts-Protest. §§. 10—12.

9) Ueber die Zahlung. §. 13.

10) Ueber Wechsel-Duplikate. §. 14.

11) Ueber Intervention. §. 15.

12) Ueber den Wechsel-Regreß. §. 16.

13) Ueber die Wechsel-Verjährung. §. 17.

14) Ueber die Collision der Wechsel-Gesetze. §. 18.

Von einer systematischen Erörterung oder erschöpfenden Behandlung dieser Gegenstände ist hier nicht im Entferntesten die Rede; sondern es wird nur so viel gesagt, als der oben angegebene Zweck zu erfordern scheint. Der freien Stadt Frankfurt muß der Ruhm zugestanden werden, daß sie vorzugsweise bei ihrer neuen Wechselgesetzgebung den deutschen Standpunkt festgehalten hat; denn die Rücksicht auf ein gemeinsames Werk deutscher Staaten ist für sie ein Hauptmotiv dazu gewesen, daß sie sich vor der Hand mit den nöthigsten ergänzenden Vorschriften begnügte, und sie hat dem allgemeineren Gesichtspunkt zum Voraus ein Opfer gebracht, das Opfer der Respekttage, die Quelle eines nicht unbedeutenden Geld-Gewinns.

Weiter wird übrigens eine gemeinsame Verständigung wohl kaum ausführbar, noch erforderlich sein, als über die leitenden Grundsätze, und wie man in dieser Beziehung viel mit wenig Worten leisten kann, dafür bietet allerdings die neue Wechsel-Ordnung für Bremen und der Entwurf für Braunschweig ein nachahmungswürdiges Vorbild.

§. 1.

Der Entwurf zu einem neuen Wechsel-Gesetz für das Königreich Sachsen hat aus den thatsächlichen Erscheinungen des Wechselverkehrs die leitenden Grundsätze hervorgehoben und diese als die Richtschnur für die Zukunft so unabänderlich festgestellt, daß alle,

bis zur Bekanntmachung der neuen Wechsel-Ordnung hierüber geltenden Gesetze gänzlich aufgehoben sein sollen, und daß eine sich etwa nachher bildende Gewohnheit, wodurch die Bestimmungen der neuen Ordnung aufgehoben oder abgeändert würden, keine Beachtung zu finden hat (§. 3. und 5. des angef. Entwurfs). Wenn dieser Vorschlag zur Ausführung kommen, und wenn dieselbe Gesetzgebung in anderen Vereins-Staaten eintreten würde, so dürfte es fortan unmöglich werden, daß eine gemeinsame Gewohnheit der Kaufleute dieser Staaten das von der Gesetzgebung abgerissene Band der Einheit wieder zu knüpfen vermöchte.

Hat das Gewohnheits-Recht nicht Ursache, sich über eine solche Behandlung gerade im Wechselrecht zu beschweren? Dieses Recht ist, ohne eine Rückerinnerung an römische Gesetze, lediglich aus der Gewohnheit entstanden, aus dem Leben des Mittelalters und seiner großen städtischen Gemeinheiten herausgewachsen; — und nun fällt es in die Hand der Rechtsgelehrten, die sich seiner bemächtigen, es in ihre Form hineinzwingen, jede Rückkehr zu der mütterlichen Gewohnheit verbieten, und diese Gewohnheit noch tiefer herabsetzen, als sie selbst im römischen Recht gestanden hat [1]). Es erscheint dieses Verfahren um so bedenklicher, als der fragliche Entwurf durchaus nicht überall mit Zustimmung der Geschäftsleute seine Laufbahn beginnen wird, wie später bei mehreren Punkten erwähnt werden soll. Wenn nun auch seine Umbildung da, wo sie etwa Noth thun mag, lediglich den Gesetzgebern, d. h. den Rechtsgelehrten, überlassen bleiben soll, so bekommen wir wohl hier, wo wir es am wenigsten erwartet hätten, ein Juristenrecht, und müssen von dem Volksrecht scheiden, zumal wenn auch die Richter lediglich dem Stande der Rechtsgelehrten angehören werden. Ist es denn so gefährlich, daß man den Beweis einer das Gesetz abändernden, und alsdann gewiß nöthigen Gewohnheit verstatte? Ist denn die Kunst der Gesetzgebung so hoch gestiegen, daß man keiner Verbesserung durch Gewohnheit bedürfte? Und werden die Verhältnisse, die heute das Gesetz vollkommen rechtfertigen, auch künftig dieselben sein? [2])

---

1) l. 32. D. I. 3. Puchta, das Gewohnheitsrecht S. 81 flg. 116 flg. v. Savigny, System des röm. Rechts I. 151. v. Vangerow, Pand. §. 16.

2) S. Mittermaier in dem Archiv XXVI. S. 128 ff. Ein Bei-

§. 2.

Gleich von vorne herein sind aus dem Begriff des Wechsels in dem angeführten Entwurf Folgerungen gezogen worden, die einen lebhaften Widerspruch, einen langen Streit und eine entschiedene Verwerfung Seitens der Kammer hervorgerufen haben. Es hieß daselbst §. 6.:

„der wahre Wechsel besteht mit der Bestimmung als Zahl-
„mittel (als ein auf dem Credit von Privatpersonen beruhen-
„des Papiergeld) begeben zu werden. Die Begebung und
„Annahme desselben hat, wenn nicht dießfalls unter den In-
„teressenten besondere Verabredungen bestehen, alle Wirkun-
„gen einer wirklich geleisteten Zahlung."

Nach der Ansicht des Reg.-Commissärs wären vorzugsweise die Rechtsgelehrten vor dieser Begriffsbestimmung erschrocken; aber die Kaufleute fanden dieselbe ebenso wenig nach ihrem Geschmack; sie war ihnen zu weit, indem sie seither Wechsel und Papiergeld keineswegs für gleich geachtet hatten [3]); und sie war ihnen zu eng, indem in Sachsen die eigenen Wechsel immerhin als wahre Wechsel gegolten hatten, auch wenn die Wechselform nur gebraucht worden war, um ein bestehendes Schuldverhältniß dadurch zu bestärken [4]).

Nicht weniger Anstand hat es gefunden, daß man das Accept lediglich als eine Bürgschaft für den Aussteller des Wechsels auffassen wollte. Daß sich die Sache zuweilen so verhält, ist gewiß; aber eben so gewiß ist es, daß sie sich nicht immer so verhält, sondern daß die Annahme eines Wechsels sehr oft auf einem Versprechen gegen den Zieher und auf einer Verbindlichkeit gegen denselben beruht. So z. B. ist es eine ganz alltägliche Sache, daß der englische Verkäufer auf seinen Abnehmer in Deutschland für den Betrag der übersendeten Waaren Wechsel zieht; die Annahme derselben geschieht alsdann zur Tilgung einer Schuld. Weil nun

---

spiel, wie die Ausbildung und selbst die Umbildung des Wechselrechts durch Gewohnheit nicht entbehrt werden kann, bieten die Vorschriften des Code de commerce über Indossament, gegenüber dem faktisch eingeführten Indossament in blanco.

3) Vgl. in dieser Beziehung Liebe, Motive zu dem Braunschweig. Entwurf S. 34. 35.

4) Die angef. Mittheilungen S. 571 flg.

aber der Entwurf einmal von dem Gesichtspunkte einer in dem Accept enthaltenen Bürgschaft ausgegangen war, so wurde hieraus weiter gefolgert, daß der Bezogene (der angebliche Bürge) niemals von dem Zieher (dem angeblichen Hauptschuldner) wechselrechtlich auf Zahlung des Wechsels belangt werden könne. Dieser Folgerung mußte durch mehrere Sitzungen hauptsächlich von den Kaufleuten entgegengekämpft werden, und endlich fiel sie; aber man wollte hierin lediglich einen Sieg der Convenienz über die Wissenschaft erkennen, während doch in letzterer mehrere Stimmen schon bisher jene Ansicht der Kaufleute vertheidigt haben [5]). Wie sich derselben die sächsische Kammer angeschlossen hat [6]), so ist sie durch die in Frankfurt am 12. Novbr. 1844 erlassenen Novellen §. 13. und in der Bremer W.O. zum Gesetz erhoben worden [7]). Wenn der Wechsel-Contrakt ein reiner Formal-Contrakt ist, welcher nicht aus dem materiellen Stoff und außerhalb des Wechsels liegenden Verhältnissen beurtheilt werden soll [8]), so liegt es sehr nahe, daß der Acceptant vordersamst zur Erfüllung dieses geschlossenen Formal-Contrakts angehalten werde, und daß der Zieher, der an seiner Stelle erfüllen mußte, ihn hierzu zwingen dürfe. Dem gewöhnlichen Verfahren bleibt dann die Untersuchung überlassen, ob das Accept auf einer Verbindlichkeit beruht, oder nicht, ob sonach dafür eine Vergütung einzutreten hat, oder nicht. Den Kaufleuten ist es schwer auszureden, daß der Wechselkredit auf dem Grundsatz beruhe: wer acceptirt, bezahlt. Die Ausnahme von diesem Grundsatz wird vorzugsweise mit juristischen Gründen vertheidigt. Allein diese Gründe können nur in der Form des gezogenen Wechsels (die sich dem Mandat am meisten anschließt) und keineswegs in denjenigen rechtlichen Verhältnissen eine durchgreifende

---

5) Heise und Cropp, Abhandl. II. S. 1 flg. S. meine Bemerk. zu den Wechselgesetzen der fr. Stadt Frankf. das. 1845 S. 64 flg.

6) S. die angef. Mittheilungen S. 637 flg.

7) Ebenso spricht sich dafür aus der württemberg. Entwurf §. 616 flg. dagegen aber der Nassauische Entwurf §. 198. und der Braunschweigische §. 38. S. die Motive hierzu von Liebe S. 117, welcher in der Bürgschaft mehr eine adpromissio, als eine Bürgschaft findet.

8) S. Liebe S. 118.

Unterstützung finden, welche die Ausstellung und die Annahme des Wechsels hervorzurufen pflegen. Wenn nun aber ein übernommenes Mandat dem Mandanten gegenüber die Verbindlichkeit der Ausführung begründet, und wenn die Uebernahme dieser Verbindlichkeit auf dem Wechsel, also wechselmäßig, stattgefunden hat, so ist es doch nicht schwer, dahin zu gelangen, daß dem Mandanten eine Wechselklage wegen der Nichterfüllung gestattet werde. Dieses empfiehlt sich in legislatorischer Beziehung um so mehr, als im Wege des ordentlichen Verfahrens der Zieher in der Regel gar nicht zu der ihm gebührenden Entschädigung wirklich gelangen kann, während der Acceptant doch jedenfalls auf die Zahlung des Wechsels gefaßt sein muß.

§. 3.

In Sachsen und andern Staaten scheinen Anweisungen häufig die Stelle des Wechsels zu vertreten, und die neuere Wechselgesetzgebung wolle sie deßhalb nicht außer Betracht lassen. Indessen wurde ihnen doch von der sächsischen Kammer eine mehr abgesonderte Stellung von derjenigen der Wechsel, als in dem Entwurf der Regierung eingeräumt [9]). Aus ähnlichen Gründen sind ähnliche Vorschriften in den Entwurf für Braunschweig (§. 90.) aufgenommen worden. Man glaubte, daß Anweisungen nur unter der Voraussetzung einer Gleichstellung mit Wechseln dem Geschäftsmann das zu gewähren vermöchten, was er erwarte, und daß nur so falsche Folgerungen aus römischen Rechtsansichten abzuweisen seien [10]). Der Unterschied zwischen Tratten und Anweisungen liegt nach diesen Bestimmungen darin, daß bei letzteren keine Acceptation vorausgesetzt, noch versprochen wird [11]). Es fragt sich: ob die Gleichstellung zwi-

---

9) S. die Mittheilungen S. 583 flg.

10) Liebe, in den Motiven zu dem §. 90. des braunschweigischen Entwurfs S. 186—188.

11) „Es gibt nur einen einzigen Unterschied und dieser besteht darin, daß der Aussteller einer Tratte mit derselben Form, die wir bei der Anweisung angewendet sehen, ein Nebenversprechen thut gegen den Annehmer des Papiers und dieses besteht in weiter nichts, als daß er dafür einsteht, der Bezogene werde, wenn in der Zwischenzeit zwischen der Ausstellung und dem Zahltag das Papier zur Annahme vorgelegt wird, Accep-

schen beiden Papieren einerseits, und die Unterscheidung andererseits, der Anforderung an eine einfache Gesetzgebung entspreche? Man kann die Sache geschichtlich so erklären: Bei Tratten war es seiner Zeit üblich, daß sie zur Annahme vor dem Verfall vorgezeigt wurden; diese Uebung hat sodann Gesetze hervorgerufen, welche die Vorzeigung zur Annahme vor dem Verfall sogar zur Pflicht des Inhabers erhoben. Hiervon gehen nun zwar neuere Gesetze meistens ab [12]). Indessen wird es bei Wechseln seither überall vorausgesetzt, daß sie zur Annahme vorgezeigt werden, und daß die Verweigerung der Annahme das Recht auf Regreß oder Sicherheitsleistung gegen den Aussteller begründe. Bei Anweisungen wird dieses nicht regelmäßig vorausgesetzt; die Erlangung eines Acceptes kann aber doch mitunter versucht werden und ist nicht verboten [13]). Wie nun, wenn die Annahme verweigert wird, wenn sonach der Inhaber erkennt, daß er an seiner Anweisung nichts habe? Darf er alsdann sie zurückgeben und sein dafür gezahltes Geld wiederfordern? Nein! sagen die angeführten Gesetzes-Entwürfe: ein Regreß wegen nicht erfolgter Annahme findet bei Anweisungen nicht Statt [14]), und in der That führt eine andere Beantwortung der Frage auf weitere Schwierigkeiten. Da, wo z. B. der sog. Securitäts-Protest bei eingetretener Ueberschuldung des Acceptanten verstattet ist, muß die Frage gestellt werden: findet derselbe auch hinsichtlich einer acceptirten Anweisung Statt? Diese Frage kann nur mit nein! beantwortet werden, wenn erst am Zahltage der Anweisung die Rechte des Angewiesenen geltend zu machen sind, eine Ansicht, welche der oben angeführten Bestimmung zu unterliegen scheint. Es dürfte sich jedoch in diesem Fall noch eine weitere Vorschrift darüber empfehlen: entweder, daß die An-

---

tation leisten." Aeußerung des Just. Ministers v. Könneritz in den Mittheilungen S. 585.

12) Sächsischer Entwurf, Braunschweigischer §. 29. Frankfurter W. Novellen vom 12. Nov. 1844 §. 11. Nassauer Entwurf §. 164. Bremer W.O. §. 32. wo jedoch dieser Satz nur folgerungsweise angedeutet ist.

13) S. die angef. Mittheilungen S. 586—589. Braunschweig. Entwurf §. 90, 2.

14) Bremer Entwurf §. 90.

nahme einer Anweisung unverbindlich sei, oder daß der Anweisende die Anweisung nicht widerrufen dürfe. Denn in welche Verlegenheit kommt sonst der Assignat, der angenommen hat, und sodann den Gegenbefehl (Contreordre) empfängt! [15]) — In dem Braunschweigischen Entwurf (§. 90, 3.) ist auch zwischen den sonst ziemlich gleichgestellten Wechseln und Anweisungen der Unterschied gemacht, daß bei letzteren die persönliche Haft als Vollstreckungsmittel wegfallen soll. — Es ist übrigens in Deutschland ein fast allgemein angenommener Grundsatz, daß die Wirkungen eines Wechsels sich an den Ausdruck: Wechsel knüpfen. Dieser Ausdruck macht jedem Aussteller und Besitzer sofort alle Folgen klar. Neben die Anweisungen stellen sich aber wieder andere Urkunden: Billets, Scheine, Stellzettel, Ordrebriefe, Promessen, Cassirerbriefe, die der braunschweigische Entwurf zum Theil (als eine Form von eigenen Wechseln) anerkennt (§. 89.); der sächsische dagegen (§. 247.) sämmtlich aus dem Wechselrecht entfernt, offenbar zu dessen Vereinfachung und sicherer Anwendung. Es fragt sich: ob man nicht noch besser bei dem oben angeführten deutschrechtlichen Grundsatz stehen bleiben und wechselrechtliche Folgen lediglich an die Urkunden knüpfen sollte, welche ausdrücklich als Wechsel bezeichnet sind. Geber und Nehmer wüßten alsdann klar, wovon es sich handelt, und wer einen Wechsel haben wollte, der könnte die Aufnahme des verhängnißvollen Wortes fordern. Wenn unter Kaufleuten und Fabrikanten Anweisungen oder sog. Handelsbillets üblich sind, welche Zahlungs-Versprechen enthalten, ohne Angabe der causa debendi [16]), so würde man solchen Papieren in diesen Ständen verbindende Kraft verleihen, oder hier für die causa debendi eine

---

15) Die Frage, ob Wechsel contremandirt werden können, hängt nach dem Art. 44. der Frankfurter W.O. davon ab, ob sie recta oder an ordre gestellt sind, sodann davon: ob sie ein Bekenntniß der empfangenen valuta enthalten, oder nicht. S. meine Anmerk. über die Wechsel-Gesetze der freien Stadt Frankfurt S. 92—94. Auch Heise und Cropp, Abhandl. II. S. 343 flg. über die Statthaftigkeit des Contremandirens, wo hinsichtlich der Anweisungen eben dasselbe behauptet und erwiesen wird. Jedoch ist die Sache nicht unbestritten.

16) Liebe a. a. O. S. 185. Preuß. Landrecht §. 1250. 1255.

rechtliche Vermuthung aufstellen können. Eine Vermischung der Anweisungen mit Wechseln würde dadurch noch nicht gerade ein unbedingtes Erforderniß. In diesem Sinn verfügt neuerdings wieder die Bremer W.O. Art. 2, 3:

„Wechsel sind Verschreibungen oder Anweisungen über eine „bestimmte Geldsumme, welche in der im folgenden Artikel „bezeichneten Form ausgestellt sind.

„Zu den wesentlichen Erfordernissen eines Wechsels gehören: „a) das Wort: Wechsel u. s. w.

Eben so der Entwurf für Nassau §. 137.

§. 4.

Wenn schon den trassirten Wechseln das Recht der Erstgeburt nicht abzustreiten ist, so sind doch die eigenen Wechsel (selbst abgesehen von den domicilirten, die man der Tratte vergleicht) so sehr überall in Gebrauch gekommen, daß es nunmehr eine große Neuerung wäre, dieselben wieder aus dem Wechselrecht verbannen zu wollen, was man sonach auch in keiner neueren Wechselgesetzgebung versucht hat. Nur ist ihnen (in's besondere in dem sächsischen Entwurf) wieder mehr die zweite Stelle angewiesen, und es ist eine sonst nicht übliche Unterscheidung daselbst eingeführt worden. Da man sich nämlich in Sachsen auch bei gewöhnlichen Schuldverschreibungen oder anderen Verträgen öfters der Wechsel-Clausel bedient hat, damit man gegen den Schuldner die persönliche Haft in Anwendung bringen könne, wenn er nicht zu rechter Zeit erfüllen würde, und da einerseits diesem Mißbrauch gesteuert werden sollte, andererseits solche Verschreibungen (z. B. Pachtverträge mit der Wechsel-Clausel) allerdings nicht zu den Handels-Papieren gehören, so hat man sich nach einem Kennzeichen dafür umgesehen, welche eigene Wechsel noch zu den Handels-Papieren gerechnet werden dürften. Hier hat sich nun dargeboten, daß dem eigenen Wechsel, so oft er nicht gewissermaßen um seiner selbst willen, sondern nur mit Bezug auf ein anderes vorausgegangenes Geschäft, oder zur Bestärkung eines anderen darin angezogenen Vertrags ausgestellt werde (z. B. über ein verzinsliches Darlehen), die gleiche Kraft und Wirkung mit den trassirten Wechseln nicht beizulegen sei, wohl aber, wenn er als eine selbstständige Wechselver-

schreibung sich darstelle. S. §. 245. des S. E. „Eigene Wechsel und Anweisungen auf sich, welche nicht domiciliirt sind, gewähren einen Gebrauch als wahre Wechsel und sind denselben in mannigfacher Beziehung gleich zu achten, wenn sie weder mittelbar noch unmittelbar Beziehung auf ein anderes Geschäft haben, in dessen Gefolg und zu dessen Erfüllung darinnen die Einlösung zum Verfalltage versprochen worden ist.“ (S. auch die angef. Mittheilungen S. 931 flg.) Es bedarf nur der Erwähnung einer solchen Bestimmung, damit man begreife, wie mißlich sie sei, wie wenig geeignet Verwicklungen zu lösen, wie viel mehr logisch gedacht, als praktisch ausführbar. (S. was Liebe in den angef. Motiven S. 178 flg. gegen die richtig gedachten Unterscheidungen von Einers erinnert.) Der braunschweigische Entwurf verleiht daher dem eigenen Wechsel unter der Voraussetzung überall Wechselkraft, daß er die in dem §. 4. daselbst angegebenen Erfordernisse eines Wechsels besitze (§. 89). Der §. 15. der Frankfurter W.Nov. vom 12. Nov. 1844 erkennt ihn fortwährend an. Die Artikel 3. u. 4. der Bremer W.Ordn. ebenso. (Hier sollen die eigenen Wechsel eine hervortretend große Wichtigkeit haben.) Ebenso der Nassauische Entwurf §. 263. flg.

§. 5.

Sowohl bei den gezogenen, als bei eigenen Wechseln kann die Form: zahlbar an den Inhaber — vorkommen, worüber man daher in den neueren Wechsel-Gesetzgebungen nicht leicht eine Vorschrift vergessen wird. Um diesen Gegenstand zu würdigen, muß hier der Lehre von den, auf den Inhaber lautenden Papieren überhaupt gedacht werden. In welche Kategorie von Vermögensrechten man solche zu bringen habe, darüber herrscht schon längst viel Streit unter den Rechtsgelehrten, und der Verfasser hat sich vor mehr als 20 Jahren in diesen Streit gemischt [17]. Er hat u. a. zu bezweifeln gewagt, daß solche Papiere mit voller Wirkung von Privaten, ohne besondere Concession des Staats, ausgestellt werden können. Mißbilligt wird neuerlich von Dunker in der Zeitschrift für deut-

17) Civ. Archiv X. S. 143 flg.

sches Recht Bd. V. S. 30 flg. diese, mir übrigens nicht ausschließlich angehörige Meinung [18]). Herr Dunker bemerkt S. 51:

„In England und Frankreich ist man längst darin einverstanden, daß die Befugniß, Schuldscheine auf den Inhaber auszustellen, nicht erst durch eine besondere Concession der Staatsbehörden erworben zu werden brauche, und auch bei Uns „wird dieses die Doctrin bald anerkennen müssen, da es ihr „nimmer gelingen kann, den raschen Gang des Verkehrs durch „ihr ängstliches Anklammern an veraltete Satzungen zu „hemmen."

Ungeachtet dieser entschiedenen Richtung auf das Leben hat sich Herr Dunker in seiner schätzbaren Abhandlung philologisch-antiquarisch-geschichtlichen Betrachtungen und Untersuchungen dieses Gegenstandes unterzogen. Die Satyren des Persius, die Alterthümer von Pompeji sind ebensowohl, als die ehrwürdigen Urkunden des deutschen Mittelalters, nach dem Papier au porteur durchforscht worden. (S. 30—36 das.) Was die Römer betrifft, so darf lediglich an l. 11. D. de O. et A. — 44. 7. — (neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus), ferner an l. 38. §. 17. l. 126. §. 2. D. de V. O. — 45. 1. — §. 19. J. de inutil. stip. — 3. 20. — §. 4. eod. l. 73. §. 4. D. de R. J. — c. 6. C. si quis alteri — 4. 50. — und viele andere Autoritäten erinnert werden. Hier erscheint es als durchgängiger Grundsatz, daß Verträge nur von denen geltend gemacht werden können, die sie schließen, nicht von Dritten (außer auf dem Wege der Cession). Heyer, welcher neuerlich die Gültigkeit eines Vertrags zum Vortheil eines Dritten vertheidigt hat [19]), sagt hierüber ungefähr dasselbe, was ich in dem Archiv (a. a. O. S. 145) bemerkt habe: „Wenn A. mit B. stipulirt, so soll ein Dritter, welcher mit A. und B. in keiner Beziehung in einem Rechtsverhältnisse steht, in seinem Namen aus der nur zwischen A. und B. begründeten Obligation nicht klagen können — und er setzt hinzu: Dieser Grundsatz besteht nicht nur im römischen Rechte, es wird auch von diesem Grundsatze keine spätere Gesetzgebung, die nicht alle Rechtsverhältnisse der Staats-

---

18) S. Maurenbrecher, deutsches Privatr. §. 323. Phillips, deutsches Privatrecht §. 73.

19) In der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß N. F. III. S. 31 flg.

bürger umkehren und gefährden will, abweichen können." (Vergl. meinen Aufsatz S. 145. 146.)

Wenn man nun mit diesen römischen Grundsätzen die Gesetze über Obligationen auf den Inhaber vergleicht, so wird man beide nicht vereinigen können. A. empfängt von B. 1000 fl. und gibt ihm dafür eine Obligation auf den Inhaber. B. verliert diese Obligation und C. kauft sie von dem Finder. Diesem C. soll sie nun A. bezahlen und doch hat er mit ihm nicht contrahirt, und B. hat seine Rechte an A. dem C. nicht cedirt!

Eine Abweichung von den angeführten römischen Grundsätzen läßt sich aus den von Herrn Dunker angeführten deutschen Urkunden (die übrigens nicht lediglich des Inhabers, sondern noch neben demselben einer bestimmten Person erwähnen) nicht erkennen. Mehrere dieser Urkunden erweisen durch die Worte: „wer den Brief mit ihrem Willen inne hat" (u. dgl.) — deutlich auf das Gegentheil hin, und wo dieser Zusatz nicht steht, da hat man noch nicht anzunehmen, daß der jeweilige Inhaber der Urkunde ganz außer Beziehung mit dem ersten Erwerber derselben gedacht wurde, mit a. W., daß ihm der redlich erworbene Besitz der Urkunde an und für sich selbstständige Rechte verliehen hätte, Rechte, die Bestand hatten, auch wenn sie, wie in dem oben angeführten Beispiel, gar nicht von dem ersten Inhaber abgeleitet werden konnten; Rechte, die den Anspruch des früheren Inhabers ohne seine Zustimmung und vielmehr wider seinen Willen vernichteten (u. a. wenn ihm die Obligation gestohlen wurde). In der That wird eine solche Abweichung von den römischen Grundsätzen auch nicht von Hrn. Dunker mit Bezug auf jene Urkunden behauptet, vielmehr sollte, nach seiner Ansicht, der Inhaber als Rechtsnachfolger des in der Urkunde genannten Gläubigers betrachtet werden (S. 38). Er führt sodann (S. 40 flg.) aus, daß die späteren Juristen diese Ansicht verlassen haben, und daß sie zuerst den Inhaber nur als einen vermuthlichen Mandatar des genannten Gläubigers betrachteten, ja endlich den besonderen Beweis einer Cession, ungeachtet der Clausel auf den Inhaber, und ungeachtet des Besitzes der Urkunde erforderten, was in unserer Zeit u. a. von Mühlenbruch (Cession S. 459) berichtigt worden sei. Als sich nun die Ansichten über die Verschreibungen, welche des Inhabers erwähnen, in dieser Weise gestellt hatten,

sind die Staatspapiere au porteur in Deutschland aufgekommen; allein auch die in ihrem Betreff erlassenen Gesetze lassen sich nicht mit denjenigen Ansichten in Einklang bringen, welche nach der Meinung Dunkers im 14. Jahrhundert herrschend gewesen sind. Denn sicher wird man nach letzteren einen Dieb nicht als Rechtsnachfolger des ersten Gläubigers betrachten wollen, und somit kann es auch derjenige Besitzer nicht sein, welcher seinerseits von dem Diebe erwirbt. Und doch wird dieser Besitzer nach den erwähnten Gesetzen als berechtigt für Kapital und Zinsen der Obligation auf den Inhaber angesehen. Zu demselben Resultate führt die, wenn schon anders begründete Bemerkung Dunkers (S. 49): „Wir werden nicht umhin können, die zuletzt weitläufig von Schumm (C. Arch. zum Bd XIII.) ausgeführte Ansicht zu billigen, daß dieselben (die Verschreibungen a. d. J.) als Beweismittel für das, unabhängig von der Urkunde bestehende Forderungsrecht zu betrachten sind, daß daher der Untergang jener nicht auch den Verlust dieses zur Folge hat; daß der Inhaber mit dem Versprechen des Schuldners als selbstständiger Gläubiger erscheint, und derjenige, welchem gegenüber der Schuldner sich zuerst verpflichtet hat, gar nicht in Betracht kommt.“ Zu demselben Resultate sind wir hiermit allerdings gekommen. Aber wie ist es möglich, daß der erste Berechtigte gar nicht in Betracht kommen soll, wenn man doch den Inhaber der Urkunde als dessen Rechtsnachfolger ansehen will? Und wie kann man das Papier a. d. J. nur als Beweismittel eines unabhängig von demselben bestehenden Forderungsrechtes erkennen, wenn derjenige, welcher dieses Forderungsrecht erworben hat, und dessen eigentliche Rechtsnachfolger (die wirklichen Cessionare) gar nicht in Betracht kommen sollen, sondern nur der Inhaber des Papiers, als s. g. selbstständiger Gläubiger?

Aus diesen Bemerkungen dürfte hervorgehen, daß man sich bei den fraglichen Papieren a. d. J. von dem juristischen Begriff der Schuldurkunden und Forderungsrechte völlig trennen muß. Sie sind, was sie sind, d. h. was man daraus in Rücksicht auf eine leichtere Circulation gemacht hat, Papiere auf den Inhaber (S. meinen ang. Aufsatz in dem Archiv a. C.), und nach der bekannten Regel, daß alle Vergleiche hinken, darf nicht geleugnet werden, daß auch der Vergleich derselben mit einem conventionellen Papiergeld nicht überall zutrifft, obwohl die Einwendungen Dunkers hier-

gegen (S. 48) noch allenfalls zu beseitigen wären. Denn wenn auch, nach seiner richtigen Bemerkung, Papiere a. d. J. nirgends einen gezwungenen Cours haben, so ist das doch eben so der Fall mit anderem Papiergeld, z. B. mit den 500,000 Thaler-Scheinen, welche die Leipzig-Dresdner-Eisenbahngesellschaft auszugeben ermächtigt worden ist. Und was die Folgerung betrifft, vor der man sich bei einer solchen Annahme hüten soll, daß nämlich *nicht* mit dem Verluste des Papiers auch die demselben zu Grunde liegende Forderung verloren sei, so kann doch Derjenige, welchem die Forderung zustehen soll, dieselbe nicht ohne das Papier geltend machen; dagegen erhebt der Besitzer des Papiers die darauf fallenden Zinsen, und s. Z. das Kapital, wenn Er auch gar keine Forderung hat! Ja die Zinsen emancipiren sich ihrerseits wieder in der Gestalt von Coupons a. d. J. von der Obligation a. d. J. — Alles kommt hier nur auf Besitz an, nicht auf Forderungs-Recht, und als Einrede dient nur die Einrede des unredlichen, oder ganz unentgeldlich erworbenen Besitzes, nicht einer mangelhaften Uebertragung des Forderungsrechtes. Darum heißt es z. B. in einer zu Frankfurt am 20. April 1830 über Obligationen a. d. J. erlassenen Gesetz, Art. 1. „Es kommt bei dem redlichen Besitz weder auf die Vollgiltigkeit des Besitztitels überhaupt, noch insbesondere auf das Recht dessen, der den Besitz übertragen hat, an. Die Redlichkeit des Besitzes ist rein subjektiv hinsichtlich des Besitzers zu beurtheilen"[20]).

Es ist also allerdings mit dem Verluste des Papiers auf den Inhaber auch das Forderungsrecht verloren, da man es nicht geltend machen kann. Ja! eine Amortisation der verlorenen Urkunde ist positiv verboten (z. B. in dem §. 2 der Frankfurter Verordn. vom 8. Juli 1817), und es ergibt sich hieraus zur Genüge, daß jenes Recht ohne den Besitz des Papiers ein leerer Schatten ist. Nur bei einem erweislichen totalen Untergang des Papiers a. d. J. soll von dem Staate ein anderes gegeben werden (§. 4 das.). Wir dürfen voraussetzen, daß ebenso bei dem erweislichen totalen

---

20) S. außer meinem Aufsatz in dem Archiv den andern in der Zeitschrift für Civ. R. u. Pr. V. S. 42 fgg., insbesondere über das Verhältniß der Coupons.

Verlust eines anderen Papiergeldes dafür von dem Staate ein neues gegeben werde.

Auf welchem positiven Boden man sich hinsichtlich der Papiere auf den Inhaber bewegt, und wie sie lediglich nach positiven Bestimmungen zu beurtheilen sind, ergibt sich z. B. auch daher, daß, ungeachtet der Besitz hier als ausschließliche Quelle des Rechts in der Regel hingestellt ist, davon doch wieder die Ausnahme gemacht wird: wenn der Besitz ganz unentgeldlich erworben sei, so daß sich der Besitzer zum Schaden des vorigen Inhabers bereichern würde (§. 3 der angeg. Verord.). Hier hat die Billigkeit dem Rechte einen Streich gespielt. A. kauft eine Obligation a. d. J., welche dem B. gestohlen ist. Sie ist für B. verloren und Eigenthum des A. Macht jedoch A. von seinem Eigenthum in der Weise Gebrauch, daß er die Obligation dem C. schenkt, so holt sie nun B. bei diesem wieder![21])

Wenn nun behauptet wird, daß Verschreibungen auf den Inhaber von Privaten ohne Concession der Regierung ausgegeben werden dürfen, so kann das doch nicht so viel heißen, daß solche Privatverschreibungen nach den Rechten und Gesetzen zu beurtheilen seien, welche für die Staatsverschreibungen a. d. J. gegeben worden sind. Man wird die Ausnahme-Bestimmungen dieser Gesetze nicht über den Gegenstand hinaus erstrecken wollen, für welchen sie gegeben sind. Dieses angenommen, so fragt sich: welche Gesetze sonst über Privatverschreibungen a. d. J. zu entscheiden haben? Und hier scheint man doch, wenn man nicht in das Gebiet der reinen Willkür gerathen will, auf nichts Anderes, als auf die sonst in Giltigkeit bestehenden Gesetze, verweisen zu können. Diese Gesetze sind nun die allgemein giltigen Grundsätze über Forderungsrechte. Wenn man sonach in Deutschland Verschreibungen auf den Inhaber ausstellen darf, so kann man hiermit doch kein neues Recht schaffen, sondern man muß das bestehende Recht mit der Modification zur Anwendung bringen, welche sich aus der besonderen Natur des Vertrags nach der Absicht der Contrahenten ergibt. Eine unabweisbare Nothwendigkeit

---

21) Man vergl. hier das Oestreich. Gesetzbuch §. 371 fgg. Preuß. Landrecht I. Tit. 15.

scheint es hiernach zu sein, daß der Begründer der Obligation und erste Erwerber der Urkunde in derselben bezeichnet werde. Denn eine Obligation muß einen Entstehungsgrund haben; ein Berechtigter und ein Verpflichteter müssen sich gegenüber stehen, und es muß ein Erkenntnißgrund der Verpflichtung, eine causa debendi, vorhanden und angegeben sein. Unter dieser Voraussetzung ist wohl zu behaupten: 1) wer eine solche Verschreibung, zahlbar an den Inhaber, ausstellt, hat sich des Rechts damit selbst begeben, *nach* der Legitimation des Inhabers zu fragen; er hat in der Regel dem Inhaber zu bezahlen. 2) Wer eine solche Verschreibung annimmt, der weiß, daß sie dem Inhaber zu zahlen ist, er kann sich also nicht beschweren, wenn dieses wirklich geschehen ist, obwohl jener Inhaber nicht rechtmäßiger Inhaber, nicht wirklicher Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers war. Allein damit ist nicht gesagt, daß es gar nicht mehr auf die gesetzliche Uebertragung des fraglichen Forderungsrechtes ankommen soll; daß der X. eine Forderung an den A. lediglich darum machen dürfe, weil er in den Besitz einer von A. an B. ausgestellten Schuldverschreibung gekommen sei; daß die richtige Uebertragung der Forderung von B. auf X. dabei gleichgiltig wäre. Sonst würde hier ein ganz neues Recht geschaffen, und zwar nicht allein zwischen den Contrahenten und für diese (denn X. hätte in dem vorausgesetzten Fall nicht mit A. contrahirt); sondern für jeden aus dem Volke, der in den Besitz einer solchen Verschreibung kommen möchte. Man kann auf Rechte überhaupt, also auch darauf verzichten, daß der angebliche Cessionar sich anders, als durch den Besitz des Schuldscheins, zu legitimiren habe; oder auch darauf, daß man die Zahlung anfechten könne, wenn einem unrechtmäßigen Besitzer des Scheins gezahlt worden sei; aber man kann durch Vertrag keine neuen Rechtsgrundsätze schaffen, die mit denen der herrschenden Gesetzgebung überhaupt im Widerspruch stehen; man kann also aus einem Vertrag zwischen zwei bestimmten Personen nicht Klagrechte eines Dritten herleiten, der den Vertrag nicht geschlossen hat, noch als Cessionar in die Rechte des einen Theils eingetreten ist. Ob diese Grundsätze ohne eine bekannte gesetzliche Aenderung sich stillschweigend völlig verändert haben, ob sich ein Gewohnheitsrecht in der gedachten Beziehung gebildet hat, wodurch die positiven Gesetze hinsichtlich der Staatspapiere a. d. J. auf Privatverschreibungen dieser

Art angewendet werden? dürfte zur Zeit noch bezweifelt werden. Man nehme den Fall: A. besitzt eine Schuldverschreibung des B., auf den Inhaber lautend. Sie wird ihm erweislich gestohlen, und nun kommt der Inhaber C. und verlangt die Bezahlung. Wird hier die liquide Einrede des B., daß nicht C., sondern A. der rechte Gläubiger und Kläger sei, verworfen werden? oder — wenn B. den C. bezahlen, A. jedoch interveniren wollte, auf liquide Beweise der ihm geschehenen Entwendung gestützt, wird das Gericht die Zahlung an C. verfügen, und die Intervention des A. verwerfen?

In legislatorischer Beziehung ist hier so viel zu bemerken: bleibt man bei den Grundsätzen des Obligationenrechts hinsichtlich der Privatverschreibungen a. d. J. stehen, und legt auf die erwähnte Clausel gar keinen Werth, so steht dieses einem Verbot solcher Verschreibungen der Wirkung nach gleich. Es hat ein solches Verfahren den Vortheil, daß der Schuldner genau zusehen muß, wem er zahlt, damit er nicht wiederholt in Anspruch genommen werden könne. Hierdurch wird also einerseits die Sicherheit des Besitzes solcher Forderungen befördert, andererseits der Verkehr mit denselben gehemmt. Geht man dagegen so weit, daß aus dem Besitz jener Verschreibungen, gerade so wie bei den Staatspapieren a. d. J., das Recht folgen, und daß sonach dieser Besitz die Rechte früherer Inhaber vernichten soll, so wird in so fern die Beschützung des Eigenthums schwierig, als es einem Diebe nicht schwer fallen wird, einen dritten Käufer der Verschreibung zu finden, und dadurch die Entwendung zu sichern. Indessen kann man hierauf erwiedern, daß Niemand zur Annahme einer Verschreibung dieser Art verpflichtet sei, und daß man sich die Folgen der Annahme selbst zu vergegenwärtigen und zu tragen habe. Wie man von Seiten der Chevaliers d'Industrie die Bedeutung und den Werth der Scheine a. d. J. zu begreifen anfängt, dafür folgendes Beispiel: Die Ph. stiehlt zu Frankfurt Geld, sie legt es bei der As. in Marburg nieder, um es zu hehlen. Die As. will das Geld nicht alles im Hause behalten, sie geht daher zu einem Dritten, leiht ihm 100 fl., und dieser sagt in der eingeleiteten Untersuchung aus, daß ihm die As. bemerkt habe: „Ich möchte nicht in dem Schein ausdrücken, wer das Geld gegeben habe, weil es sein könne, daß derselbe an Zahlungs-Statt angegeben werde. Hierauf

stellte ich den Schein in Form einer Anweisung des Vorzeigers auf mich selbst aus."

So viel dürfte klar geworden sein, daß wir uns hier auf einem Felde bewegen, wo eine gesetzliche Entscheidung wünschenswerth wäre. Denn außer den oben berührten Fragen können noch manche andere aufgeworfen werden: z. B. dürfte es zwar nicht zu bezweifeln sein, daß für den Besitzer eines Scheins auf den Inhaber die Vermuthung gehöriger Uebertragung der Forderung streitet, und daß er sonach darüber keinen Beweis zu führen hat. Allein, wenn man einen Gegenbeweis verstattet, so fragt sich: in wie weit wird man eine Liquidität derselben erfordern? Wird, bei einer Gegenbeweisführung nach der Regel des ordentlichen Verfahrens, der Schuldner einstweilen hinterlegen müssen? Wird der Inhaber einstweilen schlechthin, unter Vorbehalt etwaiger Rückerstattung, oder gegen Sicherheit hierfür zu bezahlen sein.

§. 6.

Das Preuß. Landrecht II. Tit. VIII. §. 764 und die Dessauer W.Ord. §. 7 lassen Wechsel au porteur zu. Der Entwurf für Braunschweig §. 4, 3 (Liebe S. 60 a. a. O.), der Entwurf für Nassau §. 137, 3. erklären sie für unzulässig. Die Frankfurter Handelskammer hatte solche im Jahre 1827 §. 47 ihres Entwurfs folgendermaßen in Vorschlag gebracht:

„Lautet ein Wechsel, oder eine Anweisung zahlbar an den Vorzeiger, so wird die Zahlung giltig an diesen geleistet. Dem Zahler soll es nicht zur Pflicht gemacht sein, von dem Vorzeiger deßhalb eine Legitimation zu fordern, und soll er deßhalb wegen etwa übel geleisteter Zahlung nicht können in Anspruch genommen werden."

Cropp bemerkt in seinem Gutachten hierzu: „Goldschmidt und Bender finden es bedenklich, Wechsel und Anweisung an den Vorzeiger zahlbar zuzulassen. Dieses Bedenken möchte ich nicht theilen, da man es füglich den Ausstellern und Annehmern solcher Wechsel überlassen kann, ob sie die damit verknüpfte Gefahr übernehmen wollen, und da einmal die damit nahe verwandten Blanko-Indossamente in der Praxis festen Fuß gewonnen haben; nur das möchte ich in Hinsicht auf jenen Umstand ausdrücklich verordnen: daß Niemand

verpflichtet sei, einen solchen Wechsel, oder eine solche Anweisung anzunehmen."

In dem Entw. für Sachsen finden wir §. 55. den folg. Vorschlag:

„Wechsel können auch ohne Bezeichnung eines Nehmers ausgestellt werden, entweder mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß sie an Vorzeigern, Inhabern gezahlt wrdeen sollen, oder auch ohne alle Erwähnung eines Subjekts, das die Zahlung empfangen soll" —

und §. 246: „Papiere, welche in ihrem Contexte weder Wechsel noch Anweisungen benannt sind, dürfen — ohne besondere Concession der Regierungs-Behörde nicht au porteur zahlbar ausgestellt werden, und ist daraus keinem Inhaber gerichtlich zur Zahlung zu verhelfen."

Gegen diese Bestimmungen hat sich in der sächsischen Kammer keine Stimme erhoben. (S. die angef. Mittheil. S. 935—937.) Aus den Erklärungen des Justiz-Ministers v. Könneritz (das. S. 1012).

„Ist das Giro in bianco einmal nachgelassen und der Wechsel so girirt, und ist das Papier ein auf jeden Inhaber gestelltes, so steht es in dieser Beziehung einem Staatspapiere, das auf den Inhaber gestellt ist, ganz gleich" —

ergiebt sich, daß der Inhaber eines solchen Papiers, der es seinerseits von einem unredlichen Besitzer unmittelbar oder mittelbar erworben hatte, demjenigen vorgehen solle, der früher rechtmäßiger Inhaber gewesen, und dem es auf unrechtliche Weise abhanden gekommen wäre. Wenn man einmal dergleichen Papiere zuläßt, so dürfte diese Folgerung nur gerechtfertigt sein, weil man im umgekehrten Falle den Credit derselben zerstören würde. Einem Papier, welches durch unsichtbare Hände gegangen ist, kann man nicht ansehen, ob die vorhergehenden Besitzer zu diesem Besitz legitimirt waren. Allein von selbst versteht sich das doch nicht, vielmehr muß nach den Grundsätzen des Obligationenrechts, so lange sie nicht gesetzlich aufgehoben sind, dafür angenommen werden, daß die Forderung von demjenigen und nur von demjenigen geltend gemacht werden könne, der sie erworben hat, oder von dessen Rechtsnachfolgern, und man wird zugestehen müssen, daß durch das Mittelglied eines Diebes die Kette der Rechtsnachfolger unterbrochen werde. Wenn daher der Besitz einer auf den Inhaber gestellten Privat-Verschreibung, wie der Besitz eines Staatspapiers dieser Art, nicht allein

Vermuthungen für den Besitzer herstellen, eine Legitimation bis zu dem Beweise des Gegentheils bewirken soll, sondern wenn der Besitz absolute Rechte begründen darf, so muß dieses gesetzlich ausgesprochen werden [22]).

§. 7.

Wenn im Allgemeinen bestimmt ist, welche Urkunden als Wechsel betrachtet werden sollen, so fragt es sich weiter um die wesentlichen Bestandtheile einer solchen Urkunde. Sie sind in möglichst geringer Zahl festzustellen, damit ein Mangel in den Förmlichkeiten nicht zu leicht Veranlassung zur Chikane werde. Der sächsische Entwurf hat sie bei Tratten beschränkt auf:

a) die genaue Angabe der Geldsumme, in welcher gezahlt werden soll;
b) die Benennung des Bezogenen;
c) die Unterschrift des Ausstellers;
d) Tag und Jahr der Ausstellung [23]).

In anderen neueren Entwürfen und Gesetzen wird hinzugefügt:

e) der Ort der Ausstellung; (Braunschw. E. §. 4, 1. Nassauischer E. §. 137. 6. Bremer W.O. Art. 3, 6.)
f) die Angabe einer bestimmten Zahlungszeit; (Bremer W.O. Art. 3, d. Braunschw. E. §. 4, 2.)
g) der Namen desjenigen, an welchen, oder an dessen Ordre gezahlt werden soll; (Braunschw. E. §. 4, 3. Nass. E. §. 137, 3. Bremer W.O. 3. f.)
h) der Ort, wo gezahlt werden soll. (Bremer W.O. 4 u. 5. Braunschw. Entw. §. 4, 6. Nass. E. §. 137, 4.

Das hier unter g genannte Essentiale ist von der Frage abhängig, ob Wechsel auf den Inhaber zugelassen werden wollen, oder nicht. Das Essentiale e dürfte als unwesentlich, das Essentiale f als überflüssig (in Hinsicht auf die Regel: quod sine die debetur, statim debetur) weggelassen werden. Aber auch lit. h ist entbehrlich; denn wo anders, als da, wo der Bezo-

---

22) S. die Zeitschrift für Civ.R. und Pr. V. S. 42.

23) Das letztere Essentiale hatte nach dem Entwurf (§. 19.) anders gelautet. Indessen ist dieser mit Zustimmung der Regierung von der II. Kammer abgeändert worden. Mittheilungen S. 615.

gene wohnt (oder der Aussteller, wenn von eigenen Wechseln die Rede ist, oder der Domiziliat, wenn von domizilirten Wechseln die Rede ist), könnte der Wechsel zahlbar seyn? Es wird Niemand so leicht einen Wechsel auf einen Bezogenen annehmen, dessen Wohnort nicht bekannt, oder angegeben ist. Man muß sich aber hüten, zu viele Punkte, oder solche Punkte als wesentlich hinzustellen, die zufällig einmal in der Aufzeichnung vergessen werden können, ohne daß hierdurch die Natur des Wechselgeschäfts irgend wie verändert würde. Wenn der Wohnort des Bezogenen, oder Domiziliaten nicht angegeben ist, so muß dieses mehr für einen Fehler des Ausstellers angesehen werden, als des Inhabers, und dennoch wird, wenn man eine solche Angabe für ein Essentiale erklärt, da, wo es vergessen ist, der Inhaber darunter leiden und nicht der Aussteller. Denn, wenn ein solcher Wechsel kein Wechsel ist, so kann deßhalb gegen den Aussteller kein Wechsel-Regreß ergriffen werden. Etwas Anderes ist z. B. die Angabe einer bestimmten Geldsumme, als Gegenstand der Zahlung. Wo es hieran fehlt, da ist die Anwendung der Wechselgesetze überhaupt mißlich.

In Hinsicht auf die Unterschrift des Ausstellers ist in dem sächsischen Entwurf §. 26. noch beigefügt:

> „die Unterschrift des Ausstellers geschieht mit der Handelsfirma, oder mit seinem rechten Namen. Die Beisetzung der Vornamen ist nicht erforderlich."

Der Antrag auf eine Abänderung dahin, daß Vor- und Zuname genannt werden müßten, wurde beseitigt, weil es sich hierbei weiter fragen würde: ob diese Vor- und Zunamen auszuschreiben seien? ob eine noch deutlichere Bezeichnung geschehen müsse, wenn zwei Kaufleute etwa auch diese Vor- und Zunamen gemeinschaftlich hätten? u. s. w. Man überzeugte sich, daß die Förmlichkeiten zwar in dem Wechselgeschäft streng beobachtet, eben darum aber nicht allzusehr gehäuft und erschwert werden müssen (s. die Mittheilungen S. 620—624 und vgl. die übereinstimmenden Verfügungen der Bremer W.O. 3, e. des Braunschw. E. §. 4. Nass. E. §. 137, 2. Meine Bemerk. zu den Wechselges. der fr. Stadt Frankfurt S. 15).

In allen den angeführten Entwürfen und Gesetzen ist übereinstimmend die Bestimmung des Code de commerce Art. 110, daß der Wechsel wesentlich ein Bekenntniß hinsichtlich der Valuta enthalten müsse (la valeur fournie en espèces, en marchandises, en com-

te, ou de toute autre manière) weggelassen worden und mit Recht. Denn dieses Bekenntniß bezieht sich doch nur auf das Verhältniß zwischen dem Remittenten und Aussteller, und kann eben darum für die Reihe der übrigen Wechselberechtigten oder Verpflichteten keinen Werth haben. Hat der Aussteller keine valuta erhalten, oder darüber ein falsches Bekenntniß ausgestellt, so kann er ebenso wenig, als der Bezogene, hieraus eine Einrede gegen die Nachmänner des Remittenten herleiten [24]). Dieser Grundsatz findet sich sehr ausführlich in dem §. 159. des sächsischen Entwurfs niedergelegt:

„Durch die Begebung eines wahren Wechsels, sie geschehe unter oder ohne Indossament, gelangt der Nehmer zum selbstständigen Genusse aller der Rechte, welche auf der Schrift des Wechsels beruhen, und das Indossament ist von einer bloßen Cession dadurch verschieden, daß die persönlichen Rechtsverhältnisse, welche zwischen den Indossanten und den Vertretern des Papiers, auch allen denjenigen, die durch Annahme oder Ehrenannahme eine Verbindlichkeit zur Einlösung des Wechsels übernommen hatten, bestehen, auf den Nehmer nicht übergehen, und daß dem Letzteren die aus der Person eines früheren Besitzers abgeleiteten Einreden nicht entgegenstehen."

§. 8.

Dieser Entwurf enthält auch die nachstehende wichtige und, wenn man einmal Wechsel auf den Inhaber zulassen will, empfehlenswerthe Bestimmung:

„Die Anwendung eines Indossaments ist bei Begebung der Wechsel nur dann nothwendig, wenn der Wechsel an eine bestimmte Person zahlbar gestellt ist, oder wenn das letzte Indossament ein ausgedehntes gewesen.

Das Indossament in bianco verwandelt einen an Ordre zahlbar gestellten Wechsel in einen Brief au porteur; ein vollständiges Indossament dagegen einen Wechsel au porteur in einen an andere Ordre zahlbaren.

Bei Wechseln au porteur, oder wenn das letzte Indossament in blanco gegeben worden, wird das Eigenthum vor-

24) S. Mittermaier im civil. Archiv XXV. S. 298 flg.

behältlich der Ansprüche gegen den unredlichen Besitzer an dem Besitze des Papiers erkannt (§. 161).

Dieser Vorschlag verordnet klar hinsichtlich aller Wechsel auf den Inhaber, oder die in bianco girirt worden sind, dasselbe, was hinsichtlich der Staatspapiere auf den Inhaber beinahe überall vorgeschrieben ist. Das Eigenthum (diesen Ausdruck möchte man als denjenigen für ein absolutes Recht im Gegensatz zu einem relativen, zu einer Forderung, nicht für zutreffend halten) — das Eigenthum solcher Wechsel wird an dem Besitze erkannt, d. h. folgt aus dem Besitze, der Besitz ertheilt das Eigenthumsrecht, nicht ein von dem ersten Erwerber abgeleitetes Forderungsrecht. Gewiß bei Wechseln ist eine solche Bestimmung am meisten zu rechtfertigen und sie liegt eigentlich in der Consequenz einer Zulassung der Blanco-Indossamente. Denn hier kann der Inhaber des Wechsels unmöglich wissen oder prüfen, durch welche Hände der Wechsel gegangen sei. Er muß also deßhalb außer Gefahr gesetzt werden. Man darf nur nicht verkennen, daß einem unredlichen Erwerber hierdurch in gewißen Fällen Vorschub geschieht. Denn, wenn auch dem erweislichen Dieb nicht gezahlt werden muß, so fragt sich: um wie viel besser ist z. B. der, welcher von einem Unbekannten solche Papiere, vielleicht um geringes Geld, kauft? (Die exceptio legis Anastas. findet hier keine Anwendung. Ein Beispiel solchen betrüglichen Kaufs ist kürzlich bei einer Obligation au porteur hier vorgekommen. Der Dieb bot sie in Mainz zum Verkauf aus, der dortige Käufer erklärte bei seiner Vernehmung, daß Er die Obligation von einem unbekannten Manne gekauft habe, der zu ihm auf das Comptoir gekommen sei. Nun liegt schon in einer solchen Thatsache Grund genug, den Käufer für verantwortlich zu halten. Gesetzlich aber ist er es nicht.) Man sieht wenigstens, daß einige nähere Bestimmungen darüber zu wünschen sind, was denn eigentlich für unredlichen Besitz in solchen Fällen geachtet werden dürfe. Andererseits möchten solche Bestimmungen, wodurch derjenige, der einen Wechsel, wenn auch an den unredlichen Besitzer, in gutem Glauben gezahlt hat, vor wiederholter Forderung geschützt würde, in Hinsicht auf alle Arten von Wechseln bald ein dringendes Bedürfniß werden, weil die Unsicherheit des Verkehrs in der Zunahme begriffen ist. Die Bremer W.O. ist in Hinsicht auf Wechsel oder In-

dossamente auf den Inhaber, und Blanco-Indossamente weniger klar, als der sächsische Entwurf. Sie sagt

Art. 20: „Wechsel oder Indossamente, welche auf den Inhaber (au porteur) lauten, bedürfen zu dessen Legitimation überall keiner Uebertragungs-Urkunde."

Art. 21: „Das Blanco-Indossament reicht zur vollständigen Legitimation des Inhabers, als Wechselgläubigers, hin."

Die Absicht mag wohl hier sein, daß kein Gegenbeweis: die Uebertragung habe nicht rechtmäßig, nicht durch ihrerseits vollständig legitimirte Inhaber stattgefunden, zulässig sein soll; aber es ist dieß weniger klar ausgedrückt, als wenn man sagt: die Rechte aus dem betreffenden Papier knüpfen sich an den Besitz desselben. Der Gesetzgeber kann über diesen Punkt nicht klar genug sprechen, weil er selbst unter den Rechtsgelehrten noch immer im Dunkeln schwebt. Liebe in seinen Motiven S. 91. 92 theilt die Ansicht des franz. Cassationshofes über das Indossament in bianco mit: il est d'une jurisprudence constante, que le porteur d'une lettre de change endossée en blanc peut lui même au moyen de la procuration résultant d'un pareil endossement, se transférer la propriété d'une pareille lettre [25]). Nach dieser Ansicht ist der Besitzer des in blanco indossirten Wechsels von seinen Vormännern ermächtigt (bevollmächtigt), das Indossament auf seinen Namen auszufüllen. Der Vormann aber, der selbst kein Recht auf den Besitz des Wechsels hat, der selbst nicht zum Indossament ermächtigt ist, kann auch einen Nachmann nicht ermächtigen. Diese Ansicht über das unausgefüllte Indossament, welche wohl in Deutschland ebenfalls zur Zeit die herrschende ist (s. u. a. meine Bemerk. über die Wechselges. der freien St. Frankfurt S. 81. 82), ist wesentlich von der Ansicht des Sächsischen Entwurfs verschieden, wonach die in blanco girirten und die auf den Inhaber gestellten Wechsel gleich gelten sollen. Liebe äußert sich hierüber a. a. O. folgendermaßen:

„Ein ausgefülltes Indossament eines solchen Papiers (au porteur) sagt nichts, als daß A. das Papier besessen und an B. abgegeben, und dieser Umstand ist später, so bald sich das Papier bei X. befindet, diesem sehr gleichgültig, da bei sol-

25) Meine Anmerk. über die Wechselgesetze der freien Stadt Frankfurt S. 86. 87.

chen Papieren die Legitimation vom Besitze, nicht aber von dem Umstande abhängt, daß früher Dieser oder Jener das Papier an einen Anderen übertragen habe, und sich um die Uebertragung an Denjenigen, dessen früherer Besitz augenscheinlich sehr zufälliger und unnöthiger Weise durch das Indossament constatirt ist, ableiten lasse. Eine förmliche Kette derivativer Erwerbs-Arten ist hier gar nicht nöthig. Deßhalb ist es eine Inconsequenz, wenn der Einertsche Entwurf einer W.O. für das Königreich Sachsen bestimmt" (folgt der oben mitgetheilte und gebilligte §. 161).

Nach dieser gemeinrechtlichen Ansicht von dem Indossament in Blanco[26]), die sonach dem Braunschweigischen, hierüber nichts besonderes (§. 22) bestimmenden Entwurf zum Grunde liegt, wird selbst bei diesem Indossament, wenn es sich nicht auf einem Wechsel au porteur befindet, eine Kette derivativer Erwerbs-Arten vorausgesetzt, und eine Kette besteht aus Gliedern; wo ein Glied fehlt, da hört die Kette auf. Gerade diese, nach unserem Obligationen-Recht richtige, aber da, wo unausgefüllte Indossamente zugelassen werden, gewiß nicht unbedenkliche Folgen wollte Einert, wie es scheint, vermeiden, indem er die in Blanco girirten Wechsel denen auf den Inhaber gleichstellte, und in Hinsicht auf beide den Satz so ausdrückte, daß das Eigenthum hier an dem Besitz erkannt werde; und umgekehrt wollte er dem Besitzer eines Wechsels a. d. J. die Freiheit lassen, denselben, von seiner Person an gerechnet, in die Kategorie derjenigen Urkunden zurückzubringen, welche nur durch gehörige Uebertragung von dem Einen auf den Anderen, die darin begründeten Rechte weiter bringen. Der oben hervorgehobene Tadel Liebe's scheint daher nicht begründet zu sein. Auf die umgekehrte Consequenz hat sich der Nassauische Entwurf §. 148. gestellt: „Indossamente auf den Inhaber, so wie Indossamente in Blanco, sind ungiltig" (ganz folgerichtig, da §. 137 auch die Wechsel a. d. J. für ungiltig erklärt werden).

Nicht unbegründet scheinen dagegen die Bemerkungen Liebe's (Motive S. 86) gegen die Vorschrift in dem Sächsischen Entwurf

---

26) Vergl. meinen Aufsatz in der Zeitschr. für C. R. u. Pr. V. S. 12 fgg.

(§. 162): „Mit jeder Begebung des Wechsels, sie geschehe unter Indossament, oder ohne dasselbe, erlangt der Nehmer die Befugniß, den Wechsel weiter zu begeben." — Man vermißt hier eine reine und unumwundene Antwort auf die Frage: „soll ein Wechsel, der nicht au porteur lautet, ohne alles Indossament bloß durch Ueberlieferung des Papieres übertragen werden? Die Bejahung der Frage begreift man nicht, und die Verneinung der Frage hebt die gegebene Vorschrift auf. Wenn damit gesagt werden wollte, daß es nicht auf den, bei der Begebung des Wechsels gebrauchten Ausdruck ankomme, oder daß hinsichtlich des Rechtes zur Weiterbegebung nicht darauf zu achten sei, ob der Wechsel an Ordre laute (§. 21 und §. 147 des Braunschw. E. Meine Bemerk. zu den Frankf. W. G. S. 91. 92. Art. 17 der Bremer W. O.), so hätte dieses deutlicher geschehen mögen. Die weitere Vorschrift des angeführten §. 162 des Sächsischen Entwurfs ist in demjenigen für Braunschweig §. 24 bündiger so ausgedrückt: „Ist in dem Indossament die Weiterbegebung verboten, so haben Diejenigen, an welche der Wechsel aus der Hand des Indossatars gelangt, gegen den Indossanten keinen Regreß. Dieser Satz kann wohl aus der Natur der Sache abgeleitet werden, und fehlt deßwegen in dem Entwurf für Nassau §. 147, so wie in der Bremer W. Ord. Art. 16—29. Cropp hat jedoch in seinem Gutachten zu dem Entwurf einer Frankfurter W. O. zu §. 71 nachgewiesen, daß eine ausdrückliche Bestimmung hierüber wünschenswerth erscheint[27]).

Es scheint, daß man in neuerer Zeit das Bedürfniß zu gesetzlichen Bestimmungen wegen der Indossamente, die nach der Verfall-Zeit des Wechsels geschehen, empfunden hat[28]). Die Bestimmung des sächsischen Entwurfs, wie sie in der zweiten Kammer festgestellt worden ist, scheint hierüber das Zweckmäßige zu enthalten (§. 170. Die Mittheil. S. 791): „Ein Wechsel kann auch nach der Verfallzeit durch Indossament begeben werden. Der Nehmer erlangt dadurch den Anspruch aus dem etwa vorhandenen Accept an den Bezogenen, aber kein Regreßrecht an seinen Indossanten. Er

---

27) Ueber die Indossamente vergl. Mittermaier XXVII. 146.

28) Entwurf der Frankf. Handelskammer von 1827. Cropp, Gutachten zu §. 71. Braunschw. E. §. 28. Bremer W.O. Art. 29. (Vergl. Mittermaier XXVII. 138 fgg.)

kann jedoch, wenn der Wechsel am Verfalltag gehörig präsentirt und Protest erhoben worden war, darauf gegen den Aussteller und Diejenigen, welche den Wechsel bis zur Verfallzeit indossirt haben, aus der Stellung des Präsentanten den Regreß nehmen. Freilich wird hier noch darüber Streit entstehen können, ob ein nicht datirtes Indossament vor oder nach der Verfallzeit geschehen ist? Wer hat alsdann zu beweisen? Ueberhaupt darf bezweifelt werden, ob ein wirkliches Bedürfniß dafür vorhanden sei, daß verfallene Wechsel noch weiter begeben werden. Von Anfang an und nach der Natur kaufmännischer Geschäfte, die sich in möglichst kurzen Zeiträumen abschließen müssen, ist ein Wechsel nicht bestimmt, über seine Verfallzeit hinaus umzulaufen. Ist er alsdann nicht bezahlt, so ist er wie jede andere Forderung nur noch zu realisiren, und das ganze gegenseitige Rechtsverhältniß zwischen Berechtigten und Verpflichteten sollte nun keine Veränderung mehr erleiden[29]).

§. 9.

In Hinsicht auf die Wechselfähigkeit haben in der zweiten Sächsischen Kammer sehr lebhafte Erörterungen stattgefunden. Die Regierung hat vorgeschlagen §. 257:

„In Sachsen steht die persönliche Wechselfähigkeit in der Regel nur Mannspersonen zu, welche das 25. Jahr des Alters zurückgelegt haben."

Persönliche Wechselfähigkeit steht hier im Gegensatz der Wechselfähigkeit von Frauen oder Minderjährigen in Hinsicht auf gewisse besondere Unternehmungen (Handlungen, Fabriken, woran sie betheiligt sind). Die Deputation dagegen hat vorgeschlagen:

„Die Wechselfähigkeit steht Allen zu, welche nach den Landesgesetzen zu selbstständiger Verwaltung ihres Vermögens, und Eingehung vertragsmäßiger Verbindlichkeiten befugt sind."

---

29) Cropp, Gutachten zu dem §. 71 des Frankf. Entwurfs, welcher aus diesen Gründen vorschlägt: „Das Eigenthum verfallener Wechsel kann nur mittelst einer gewöhnlichen Cession auf einen Andern übertragen werden, und haben Uebertragungen mittelst eines Indossamentes alsdann nur die Kraft einer Cession."

Die Deputation wollte sonach alle besonderen Beschränkungen aufheben, jedoch mit dem Zusatz bei §. 266, b. daß die persönliche Haft zur Vollstreckung von Wechselverbindlichkeiten gegen Frauen nicht stattfinde. Für den einen und für den anderen Vorschlag läßt sich viel sagen. Auch wenn man von einem Argumente des Referenten in der Sächs. Kammer, nämlich von der vorschreitenden s. g. Emancipation der Frauen, ganz absieht, so ist es gewiß, daß die Sicherheit, welche man ihnen oder anderen Personen durch Entziehung der Wechselfähigkeit geben will, oft durch Schmälerung des Credits bezahlt werden muß, und daß man sie auch nicht vor anderen nachtheiligen Geschäften bewahren kann. Dieselbe Frage ist namentlich häufig bei den Landleuten aufgeworfen worden. Der Nassauische Entwurf geht hierin einen Mittelweg. Er ertheilt in der Regel bloß Handelsleuten, anderen Personen nur nach einer gerichtlichen Untersuchung, die Wechselfähigkeit (§. 132). Der Braunschweigische Entwurf stimmt der Sächsischen Deputation bei, und befreit ebenfalls Frauen, die nicht Handelsfrauen sind, Beamte, Soldaten, Pflegbefohlene, nur von der persönlichen Haft (§. 1. 2), während die Sächsische zweite Kammer sich für den Entwurf der Regierung entschied. Dagegen sagt die Bremer W.O. Art. 7 ganz allgemein: „wechselfähig sind ohne Unterschied des Geschlechts alle Personen, welche sich rechtsbeständig verpflichten können."

Der §. 1 der Frankf. Wechsel-Nov. vom 12. Nov. 1844 nimmt von der Wechselfähigkeit aus Frauenzimmer, die keine Handlung treiben, Minderjährige, Soldaten und Schauspieler, Sänger oder Musiker [30]).

§. 10.

Die Hauptmomente, in welchen sich das Wechselgeschäft vollzieht, sind die Acceptation und die Zahlung. In Hinsicht auf die Form der ersteren begnügen sich die meisten W.Ordnungen, oder Entwürfe zu solchen, mit der Vorschrift, daß sie auf dem Wechsel geschehen, und mit dem Namen oder der Firma des Acceptanten versehen werden müsse (Bremer W.O. Art. 36, Frankf. W.O. Art. 12, Braunschw. E. §. 36). Hierdurch ist die Frage nicht ent-

---

30) Vergl. hier Mittermaier XXV. S. 142 fgg.

schieden, ob die Aufzeichnung des Namens des Acceptanten ohne allen Zusatz eine Annahme sei, oder nicht. Die Praxis der Frankfurter Gerichte hat sich für die Bejahung dieser Frage entschieden, weil jenem Aufschreiben des Namens, auf geschehene Präsentation wegen der Annahme, ein anderer Sinn nicht beizulegen sei (Cropp Gutachten S. 33). Der Nassauische Entwurf verfügt im Gegentheil §. 177, daß neben der Namensunterschrift des Acceptanten in der Regel weiter nichts erforderlich sei, als das Wort: „acceptirt". Dieses soll sonach immer erforderlich sein. Es darf nach diesen Bemerkungen als ein Vorzug des Sächsischen Entwurfs betrachtet werden, wenn derselbe §. 103 vorschreibt:

„Es gilt einer Annahme gleich, wenn nur der Bezogene seinen Namen, oder seine Firma auf der Vorderseite des Wechsels geschrieben."

Eben so entschieden muß es gebilligt werden, wenn dieser Entwurf §. 134, und mit ihm der Braunschweigische §. 29, die Frankf. Wechsel-Nov. §. 11, die Bremische W. O. Art. 32, der Nassauische Entwurf §. 164, sich dahin aussprechen, daß der Inhaber eines Wechsels nicht verpflichtet ist, dessen Präsentation zur Annahme zu besorgen (wenn es der Vormann nicht ausdrücklich zur Pflicht gemacht hat). Wollte man ihm diese Verbindlichkeit auferlegen, so würde sich fragen: wann hat Er diese Präsentation besorgen zu lassen? wie soll er liquid beweisen, daß er dieser Verbindlichkeit zu rechter Zeit entsprochen hat? Sodann liegt es schon im eigenen Interesse des Inhabers, daß er sich den Accept in allen den Fällen zu sichern trachtet, wo der Aussteller des Wechsels nicht schon vollständige Sicherheit bietet. Man kann ihn also ziemlich ohne Gefahr gewähren lassen (Liebe, Motive S. 103 fgg. Meine Anmerk. zum Art. 28 der Frankf. W. O. Cropp, Gutachten S. 36. 37). Hiervon verschieden ist jedoch der Fall, wenn Jemand mit der Präsentation zur Annahme beauftragt wird. Hier verpflichtet die Bremer W. O. Art. 32 schlechthin dazu, daß dem Auftrag binnen drei Tagen nach Empfang (des Wechsels, oder des Auftrags?) zu entsprechen sei. Andere W. Ordnungen, z. B. der Braunschweigische Entwurf §. 32, der Nassauische §. 165, verpflichten dazu, den Auftrag binnen einer gewissen Zeit zu erfüllen, oder abzulehnen. Andere berühren diese Frage nicht, und überlassen sie demnach einer civilrechtlichen Entscheidung, wo es darauf ankommen wird, ob der

Auftrag angenommen war, oder nicht. Einen nicht angenommenen Auftrag braucht man nicht zu erfüllen; auch die Verbindlichkeit zu einer ausdrücklichen Ablehnung kann bestritten werden. Eine ausdrückliche Verfügung ist also hier wünschenswerth, und aus Rücksichten der Billigkeit empfiehlt sich die Verfügung der Bremer W.O. und noch mehr, was die angef. anderen Entwürfe bestimmen (S. die Sächsischen Mittheil. S. 755—764).

Die Präsentation kann nicht an einem gesetzlichen Feiertage geschehen. Die Bremer W.O. Art. 33 sagt kurz: „Die Erklärung über die Acceptation kann an jedem Tage, mit Ausnahme der Sonn- und Festtage, verlangt werden. Bremen ist nämlich eine durchaus protestantische Stadt, wo die wenigen Juden-Familien nicht beachtet werden. Hier gibt es also nur ganz bestimmte, vom Staat anerkannte Festtage, die keiner näheren Bezeichnung bedurften. In dem Sächsischen Entwurf ist dieser Punkt ungefähr eben so behandelt (§. 71). Auf besondere Feiertage der Juden oder Katholiken wird keine Rücksicht genommen. Eben so mußte dieser Gegenstand in den Frankfurter Novellen vom 12. Nov. 1844 §. 8 regulirt werden, um eine, durch früherhin abweichende Vorschriften entstandene Verwirrung zu beseitigen. Es werden hier bestimmte Festtage genannt, an welchen die Geschäfte gesetzlich ruhen. — Es kommt sonach hierbei weniger das religiöse, als das politische Gesetz in Betracht.

Werden der Acceptation Bedingungen hinzugefügt, so fragt sich, welche Wirkung diese bedingte Annahme hat? Die Leipziger W.O. §.8, und eben so die Frankfurter W.O. §. 12 erklären solche Bedingungen für nicht hinzugefügt, und es ist kein Zweifel, daß nur durch eine solche Vorschrift dem Wechsel-Verfahren die nöthige Einfachheit erhalten werden kann. Der Bezogene muß in die Lage versetzt werden, entweder den Wechsel nicht, oder vollständig anzunehmen. Ungeachtet daher die Frankfurter W.O. eine Ausnahme dieses Grundsatzes alsdann zugelassen hat, wenn sich der Inhaber die Bedingungen gefallen lassen will, so hat doch schon der Vorsichtige Banquier c. VII. §. 10. c. VIII. §. 7 auch diese Ausnahme nicht anerkennen wollen. Dieser Ansicht ist nunmehr der Sächsische Entwurf §. 110, und der Braunschweigische §. 37 gefolgt, während der Nassauische Entwurf §. 179 die Ansicht der Frankfurter W.O. so wiedergibt:

„Die Acceptation kann auch unter Bedingungen und andere Modifikationen geschehen, doch braucht sich der Inhaber ein solche Acceptation nicht gefallen zu lassen."

Die Bremer W.O. Art. 38 schweigt hierüber. Sie enthäl daselbst nur die Bestimmung, daß sich Niemand eine, nicht die ganz Wechsel-Summe umfassende Acceptation brauche gefallen zu lassen. Wolle er dieses thun, so müsse er, wegen des nicht ac ceptirten Theiles, zur Erhaltung seines Regresses an die Vormänne protestiren. So lautet in dieser Beziehung auch gegenwärtig de Sächsische Entwurf §. 111. Die zweite Kammer hat nämlich di Berechtigung zum Protest in dem fraglichen Fall in eine Verpflich tung hierzu abgeändert. Der Nassauische Entwurf a. a. O. und der Braunschweigische §. 37, 1 bleiben bei der Berechtigung stehen Die Frankfurter W.O. enthält hierüber keine ausdrückliche Bestim mung. Da jedoch die Annahme für einen Theil der Wechsel-Summe einer bedingten Annahme gleich steht, so muß sie eben so behan delt werden, mithin für vollständig gelten, wenn sich der Präsentan nicht dabei beruhigt.

Es liegt offenbar mehr in dem Vortheil aller Vormänner des Inhabers, daß ein Theil der Wechsel-Summe, als daß gar nich acceptirt werde. Dagegen verlangt ihr Vortheil eben so sehr, daß sie in einem solchen Falle die Mittel dazu gewinnen, um wegen des nich acceptirten Theiles ihre Maßregeln bald möglichst weiter gegen ihr Vormänner ergreifen zu können, und in so fern muß der Vorschrif der Bremer W.O. der Vorzug eingeräumt werden (Code de comm art. 156).

Ob es nöthig ist, eine Vorschrift über Annahme nach Verfall zu geben, wie z. B. der Sächsische Entwurf §. 106:

„Der Accept ist unwiderruflich. Auf demselben beruht die Wechselklage wider den Bezogenen, auch wenn er erst nach der Verfallzeit geschehen wäre."

darf bezweifelt werden. Ein verfallener Wechsel ist präjudizirt; will ihn der Bezogene dennoch annehmen, so ist das guter Wille, unter dem aber ein Dritter nicht leiden darf. Der Aussteller z. B. gibt einen Wechsel, zahlbar zu einer bestimmten Zeit. Er thut dieses vielleicht, ohne von dem Remittenten die Valuta empfangen zu haben, auf Credit. Wird der Wechsel zu rechter Zeit bezahlt, so bekommt er nunmehr von dem Remittenten seinen Ersatz.

Läuft aber der Wechsel länger herum, bezahlt ihn der Bezogene zu einer späteren Zeit, als ihm aufgetragen worden, so ändern sich inzwischen vielleicht die Verhältnisse des Remittenten; der Aussteller bekommt seinen Ersatz nicht mehr so gut, wie früher. Man hat das Wechselgeschäft öfters mit einem negotium stricti juris verglichen, da es hier so genau auf förmliche Erfüllung aller Vorschriften ankomme. Hierzu darf auch gerechnet werden, daß der Auftrag des Ziehers an den Bezogenen streng in seinen Grenzen vollzogen werde, in Hinsicht auf Summe, Ort und Zeit. Daher heißt es richtig in der Bremer W.O. Art. 32: „Alle trassirte Wechsel können bis zum Verfalltag zur Acceptation präsentirt werden."

§. 11.

Wenn die Annahme verweigert und sonach Protest erhoben worden ist, so fragt es sich (und eben so bei dem Protest N. 3.), ob den Vormännern hiervon Seitens des Wechsel-Inhabers Nachricht (Notifikation) zu geben sei? Die Vormänner sind hierbei sehr betheiligt; denn sie können alsdann ihre Maßregeln ihrerseits ergreifen. Der Aussteller kann dafür sorgen, daß eine Intervention für die Zahlung des Wechsels eintrete. Der regreßpflichtige Indossant kann sich gegen seinen Indossanten decken (Cropp, Gutachten zu §. 16 des Entw. der Frankf. H.K.). Es kommt in kaufmännischen Verhältnissen hierbei oft auf einen Tag an. Der Art. 28 der Frankf. W.O. verfügt in Hinsicht auf Proteste N. 3. (was analogisch auf alle Proteste auszudehnen ist), „daß der Inhaber mit der seinem Giranten von der nicht geschehenen Zahlung gegebenen Nachricht das Wechselrecht gegen alle vorhergehende Giranten und den Ausgeber salvire." Wenn die zweite Sächsische Kammer den Entwurf der Regierung in Hinsicht auf den theilweisen Accept dahin abgeändert hat, daß wegen des nicht acceptirten Theiles der Wechsel-Summe Protest erhoben werden müsse, so scheinen dem ähnliche Gründe unterlegen zu haben. Denn wozu dieses Muß, wenn der Präsentant seinen Protest in der Tasche behalten darf? Wollte man das, so hätte man ihm ebensowohl gestatten dürfen, den Protest überhaupt bis zur Verfallzeit aufzuschieben. Freilich beruht der Sächsische Entwurf auf dem s. g. springenden Regreß, und es scheint sonach hier die Frankfurter Vorschrift der Nachrichtgebung an den unmittelbaren Vormann nicht für alle Fälle

zu passen. Indessen wenn immer ein Vormann dem anderen binnen einer gewissen kurzen Zeitfrist (in Frankfurt binnen zwei Tagen nach Ausfertigung des Protestes) die Nachricht geben muß, so kommt sie doch herum. Eine andere, nicht verkennbare Schwierigkeit liegt darin, daß ein Nachweis der geschehenen Notifikation geliefert werden muß, wenn hierauf der Wechsel-Regreß beruhen soll. Ist nun hierüber nichts bestimmt, so dürfte der Wechsel-Inhaber zu leicht, im guten Glauben auf die Redlichkeit seines Vormanns, ein genügendes Beweismittel außer Acht lassen, und sodann bei einer chikanösen Abläugnung in Schaden kommen. Soll aber etwas bestimmt werden, so fragt sich: was? Hierüber sagt Cropp a. a. O. S. 40: „Ich möchte in der Hinsicht vorschlagen, den Anwesenden zur Unterschreibung des Protestes mit Hinzufügung des Datums zu verpflichten, bei der Benachrichtigung Abwesender aber zu verordnen, daß man den Brief zu recommandiren, und sich darüber einen Postschein ertheilen zu lassen habe." — Die Bremer W.O. Art. 79, und der Nassauer E. §. 216 halten an der Pflicht zur Nachrichtgebung fest. Der Braunschweigische Entwurf schweigt absichtlich darüber (Liebe, Motive S. 122), und zwar, weil der Inhaber überhaupt nicht mehr verpflichtet sein solle, das Accept vor der Verfallzeit einzuholen. Wenn er es indessen gethan, und dadurch erfahren hat, daß nicht angenommen wird, so kann man ihn doch für schuldig erkennen, das zu thun, was ihm nicht nachtheilig, und seinen Vormännern wesentlich nützlich ist. Daß diese ohnedem die betreffende Nachricht in vielen Fällen erhalten werden, ist wahr, macht jedoch die Vorschrift der Notifikation nicht überflüssig. Der Sächsische Entwurf erklärt jedoch §. 89 ausdrücklich: „Die Notifikation des Protestes gehört nicht zu den wechselmäßigen Solennitäten" (ungeachtet gegen diese Vorschrift von geschäftskundigen Kaufleuten angekämpft worden ist. S. die angef. Mittheilungen S. 722).

§. 12.

In gleicher Richtung hat der Sächsische Entwurf der Securitäts-Proteste nicht weiter gedacht. Juristisch wurde diese Neuerung aus dem angenommenen Grundsatz zu rechtfertigen versucht, daß der Bezogene sich als Bürge für den Aussteller darstelle. Nun aber werde Niemand behaupten wollen, daß sich hinwiederum der Hauptschuldner (der Aussteller) für seinen Bürgen (den Bezo-

genen) dahin verbürge, daß dieser zahlungsfähig sein werde. Durch eine Tratte werde also von dem Zieher nur so viel versprochen: a) daß die Tratte einen Bürgen (den Acceptanten) erhalten solle, und b) daß sie von diesem Bürgen auf den Verfall gezahlt werde, nicht aber auch c) daß der Bezogene bis zu dieser Zeit solvent bleibe (S. die Mittheilungen S. 777, 778.). Man hat den ganzen Vordersatz dieser Argumentation nicht zuzugeben. Der Bezogene ist nicht in allen Fällen ein Bürge des Ausstellers. Wäre er aber auch Bürge, so ist es doch wohl die Absicht des Remittenten, daß er für sein gutes Geld einen solventen Bürgen erhalte; und in der Ueberlieferung der Tratte von Seiten des Ziehers liegt das Versprechen, daß der Remittent, dieser Absicht gemäß, einen solventen Bürgen erhalten werde. Ein anderes Argument gegen den Securitäts-Protest war mehr ad hominem, und lautete so: wenn ein Bezogener fallire, so sei es allemal ein Unglück für den Aussteller. Dieses Unglück steigere sich, wenn die Einlösungsverbindlichkeit wegen aller auf den fallirten Acceptanten ausgegebenen Papiere in einem Momente geltend gemacht werde, und nun zumal der Aussteller die Wechsel einlösen solle! (Mittheil. S. 778.)

Die Frankfurter W.O. §. 22 ging früher von einem ganz entgegengesetzten Standpunkte aus. Sie nahm hauptsächlich Rücksicht auf die Vormänner des Wechsel-Inhabers, und legte dem Inhaber deßhalb die Pflicht zur Erhebung eines Securitäts-Protestes auf, damit die Vormänner, bei eingetretener Insolvenz des Bezogenen, ihre Sicherheits-Maßregeln ergreifen könnten. Nun war aber nicht einmal deutlich vorgeschrieben, woran diese Insolvenz zu erkennen sei, in welchem Moment dieselbe als vorhanden betrachtet werden müsse. Hierdurch konnte der Wechsel-Inhaber unverschuldet in Nachtheil kommen. Die Novelle §. 9 vom 12. Nov. 1844 hat nun diesem Inhaber in zweifacher Beziehung geholfen. Sie hat 1) den Moment, wo ein Securitäts-Protest zu erheben ist, auf die gerichtliche Anzeige, oder Bekanntmachung der Insolvenz fixirt und 2) die Pflicht des Inhabers zur Erhebung desselben in eine Befugniß verwandelt. Hiermit stimmt die Bremer W.O. Art. 75 und der Braunschweigische E. §. 45 überein, während der Nassauische E. §. 213 auf dem angeführten Grundsatz der Frankf. W.O. von 1739 §. 22 stehen bleibt. Die Kaufleute

in der II. sächsischen Kammer haben sich beinahe sämmtlich den Ansichten der Frankfurter Novelle angeschlossen und, was Einer derselben hierüber bemerkte, kann hier zur Vertheidigung dieser Ansicht hervorgehoben werden: „Ich habe z. B. Papiere gezogen auf Jemand, der in Concurs geräth; er hat sie acceptirt, sie sind bald fällig; es bekommt aber ein Anderer Papiere von demselben Aussteller auf dasselbe Haus, die viel später fällig sind, er bekommt sie erst, wo schon der Concurs erklärt ist. Er geht mit Protest M.A. sofort auf den Aussteller zurück, remboursirt sich, während ich ruhig warten muß, bis der Verfalltag meiner Wechsel kommt, und ich erst dann das Recht habe, auf den Aussteller zurückzugehen, der vielleicht inzwischen, wegen Remboursirung viel späterer Verbindlichkeiten, keine Mittel mehr besitzt, um mich zu bezahlen." — Es hat hiernach auch die II. Kammer folgenden Grundsatz angenommen:

„Wenn der Bezogene vor der Verfallzeit in Concurs verfällt und dieses durch einen besonderen Protest nachgewiesen wird, so ist der Inhaber berechtigt, darauf den in diesem Kapitel beschriebenen Regreß anzutreten." (Sächsische Mittheil. S. 776 flg.)

In dieser Fassung ist berücksichtigt, was in meinen Anmerk. über die Frankf. Wechsel-Gesetze S. 41 gesagt wird:

„Wenn — die Verbindlichkeit zur Erhebung eines Sicherheits-Protestes aufgehoben und nur noch eine Befugniß dazu anerkannt wird, so möchte es consequent gewesen seyn, jene Befugniß nicht lediglich an eine gerichtliche Anzeige der Insolvenz oder an eine gerichtliche Bekanntmachung hierüber zu binden. Denn mit der Befugniß zur Erhebung eines Securitäts-Protestes, lediglich in diesen Fällen, ist nicht viel geholfen, da der Ausbruch des gerichtlichen Concurses beinahe in allen Fällen ziemlich lange hingehalten wird." (Cropp, Gutachten zu dem §. 41. des Entw. der Frankf. H.-K.)

§. 13.

In Hinsicht auf die Zahlung des Wechsels enthält der Sächsische Entwurf §. 113. die Bestimmung: „das Erbieten zur Leistung einer theilweisen Zahlung steht dem Inhaber nicht entgegen, wenn er wegen des Ganzen den Regreß antreten will." Der Art. 30.

der Frankf. W.O. enthält dagegen die, im Interesse der Vormänner zweckmäßigere, Bestimmung: „Wann ein Acceptant — nur einen Theil der in dem Wechselbrief enthaltenen Summa zahlen wollte, so soll — der Inhaber zu Verminderung des Rückwechsels solche anzunehmen, wegen des Residui aber zu protestiren schuldig seyn.“ Diese Bestimmung wurde in der Novelle vom 12. Nov. 1844 §. 12. bestätigt, in Uebereinstimmung mit dem braunschweigischen Entwurf §. 46: „der Inhaber ist verpflichtet, eine theilweise Bezahlung anzunehmen, wobei es ihm freisteht, wegen des Restes Protest zu erheben und den Regreß zu nehmen. Der Bezogene kann in diesem Fall nicht die Auslieferung des Wechsels, sondern nur die Ausstellung einer Quittung und die Bemerkung der Abschlagszahlung auf dem Wechsel verlangen.“ Die Bremer W.O. dagegen sagt Art. 66: „Stückzahlung anzunehmen, ist der Wechselinhaber nicht schuldig. Doch kann er die mit deren Annahme verknüpfte Verantwortlichkeit gegen seine Vormänner von sich abwenden, wenn er wegen nicht vollständiger Zahlung protestiren läßt.“ — Gerade in dem Interesse der Vormänner dürfte eine andere Verfügung gelegen haben.

Ueber die Frage, ob eine verspätete Präsentation zur Zahlung dem Präsentanten seinen Wechsel-Regreß benehme, wenn er daran keine Schuld hat, sondern durch höhere Gewalt diese Verspätung herbeigeführt wurde, sind die neueren Wechsel-Gesetzgebungen gleichfalls nicht in gegenseitigem Einverständniß. Der Sächsische, von der Kammer unbeanstandete Entwurf sagt §. 76: „Die Berufung auf Verspätigung (!) der Präsentation durch höhere Gewalt wird — nicht beachtet.“ — Die Motive hierzu waren die: daß im Falle einer solchen Verspätung und wenn der Bezogene inzwischen insolvent geworden, ein Theil — der Zieher, oder der Inhaber — Schaden leiden würde; der Zieher, wenn der Regreß an ihn verstattet werde und er sich nun seinerseits an den insolventen Bezogenen halten müsse, dem er die Deckung übermacht habe; der Inhaber, wenn der Regreß nicht verstattet werde. Da könne man also nicht mehr nach Billigkeits-Rücksichten, sondern müsse nach dem Recht verfahren, und der Theil müsse den Schaden tragen, dem er von Rechtswegen gebühre. Nach der Regel: casum sentit dominus sei nun dieses der Inhaber, und diesem müsse daher der Wechsel-Regreß, aber auch nur dieser, nicht ein etwaiger Civil-Anspruch, versagt werden.

(Hiermit einverst. Cropp, Gut. S. 138. 139.) — Der Braunschweigische Entwurf dagegen sagt §. 51:

„Die Versäumniß der rechtzeitigen Präsentation kann durch die Nachweisung einer höheren Gewalt entschuldigt werden.“

Gründe hierfür hat Liebe angegeben (in den Motiven zu dem Entwurf S. 133 flg.) und sie bestehen im Wesentlichen darin: ein Wechsel gebe den Anspruch auf die Zahlung einer gewissen Geldsumme. Dieser Anspruch sei allerdings durch die rechtzeitige Präsentation bedingt. Allein nach der Regel: impossibilium nulla obligatio, werde die Nichteinhaltung einer gewissen Frist aus Gründen höherer Gewalt entschuldigt. Dieser Ansicht dürfte darum beizupflichten sein, weil sie bisher die herrschende war.

§. 14.

Zur Verhütung eines solchen Nachtheils, wie er durch verspätete Vorzeigung des Wechsels, oder gar durch Verlust desselben entstehen kann, werden Wechsel-Duplikate ausgestellt; oder auch geschieht dieses zu dem Zweck, um ein Exemplar des Wechsels begeben und ein anderes inzwischen zur Annahme befördern zu können. Dieses liegt so sehr in dem gewöhnlichen Gang des Wechselgeschäfts, daß unter Kaufleuten nicht an dem Rechte des Wechselnehmers, mehrere Ausfertigungen des Wechsels fordern zu dürfen, gezweifelt wird, und dieses Gewohnheitsrecht wird in den meisten Wechselgesetzgebungen ausdrücklich anerkannt. (S. u. a. Frankf. W.O. Art. 27. Entwurf der H.-K. von 1827 §. 38. 39. Bremer W.O. Art. 12. Nass. Entw. §. 143. Württ. E. §. 543. Braunschw. E. §. 16.) Der sächsische Entwurf enthält hierüber umfangreiche Bestimmungen. Wo der Wechselverkehr in sich lebendig und daher bekannt ist, wie in Frankfurt, Bremen, Leipzig, wird es dieser Bestimmungen meistens nicht bedürfen. Es dürfte sich hier in der Vorschrift §. 187. 188. — daß auf jedem einzelnen Exemplare die vollständige Anmeldung aller übrigen zu geschehen habe, daher kein Aussteller eines bereits ausgegebenen Wechsels zur Nachlieferung einer Secunda, oder mehrerer, als bei der ersten Ausgabe ausgefertigter Exemplare, angehalten werden dürfe — wieder ein Beispiel zeigen, wie bedenklich es für den Geschäfts-Verkehr werden kann, wenn sich die

Rechtsgelehrten dazu aufwerfen, ihm seine Bahnen genau vorzuschreiben. Nach der Aeußerung erfahrener Geschäftsleute in der II. Sächsischen Kammer hat bisher in Sachsen eine solche Beschränkung in der Verbindlichkeit zur Nachlieferung anderer Wechsel-Exemplare nicht bestanden. Sie besteht auch im übrigen Deutschland nicht. Eine Gefahr für den Aussteller ist dabei insofern nicht, als auf jedem Exemplare bemerkt werden muß, das wie vielte es der Reihefolge nach sei, und als jedes einzelne Exemplar, seiner Bestimmung nach, für den ganzen Wechsel gilt, die Zahlung des einen oder des anderen Exemplars daher auch vollständig befreit (Mittheilungen der Verhandlungen II. sächs. K. S. 803).

Umgekehrt hat gerade die nachträgliche Auslieferung noch mehrerer Ausfertigungen für den Inhaber oft einen vorzugsweisen Werth (z. B. wenn die erste Ausfertigung verloren worden ist. S. Cropp, Gutachten S. 78. Liebe, Motive S. 75. 76). Es ist daher nicht genügend, einen seither ohne Anfechtung in Deutschland bestandenen Gebrauch umzustoßen, weil solcher in Amerika und England sich anders gestaltet hat.

Der Braunschweigische Entwurf hat einen der oben berührten Sätze so ausgedrückt (§. 17.): „Jedes einzelne der verschiedenen Wechsel-Exemplare repräsentirt den ganzen Wechsel; das Indossament, die Acceptation und die Bezahlung eines einzelnen Exemplars wirkt also auf alle Exemplare." — Dieses soll jedoch, nach den Motiven von Liebe S. 80. nicht so zu verstehen sein, daß der Acceptant eines Exemplars ein anderes, das er nicht acceptirt hat, zahlen müsse, sondern nur, daß er es zahlen dürfe. Dieser Sinn geht jedoch aus der Fassung nicht klar hervor, weil die Acceptation eines Exemplars, insofern solche auf ein anderes Exemplar wirken soll, auch dahin zu führen scheint, daß dieses andere Exemplar bezahlt werden müsse. Freilich wird thatsächlich entgegenstehen, daß der Besitzer des nicht acceptirten Exemplars die Wechsel-Klage nicht anstellen kann, wenn Er keinen klaren Beweis der Annahme in Händen hat. Der Grundsatz des Braunschweigischen Entwurfs wird in den Motiven zu dem Sächsischen als richtig anerkannt (Mittheil. a. a. O.), jedoch in seinen Folgerungen nicht so weit durchgeführt, weil es im Sinne der Negocianten (soll heißen Geschäftsleute, Kaufleute) eine große Unregelmäßigkeit sei, die der Bezogene verschulde, wenn er von einem vervielfältigten Wechsel mehr als Ein Exemplar

acceptiren würde [31]). Der Sächsische E. verordnet daher §. 184: „Der Beweis der Zahlung des Wechsels, welche mit der Einlösung eines einzelnen Exemplars geschieht, kommt dem Aussteller und allen Vertretern des Wechsels wider die Regreßansprüche der Inhaber zu Statten. Der Bezogene hingegen wird, wenn das später vorkommende Exemplar den Accept trüge, dem Inhaber daraus zur Nachzahlung gehalten." Diese Vorschrift scheint im Sinne des Handelsstandes allerdings zu liegen, welcher die Festhaltung des Satzes: wer annimmt, bezahlt — zur Erhaltung des Wechsel-Credits überall für nothwendig erachtet.

§. 15.

Eine nicht unbedeutende Verschiedenheit der Ansichten zeigt sich in den verschiedenen neueren Wechselgesetzgebungen bezüglich der Lehre von der Intervention, wenn ein Wechsel von dem Bezogenen nicht angenommen oder nicht gezahlt wird.

Eine solche Intervention bei verweigerter Annahme von Seiten des Bezogenen kann durch eine Nothadresse und durch einen Dritten geschehen.

Hier nun fragt es sich:

1) muß die Ehren-Annahme der Nothadresse von dem Inhaber a) nachgesucht oder b) zugelassen werden?

2) muß die Ehren-Annahme eines Dritten zugelassen werden, und zwar:
   a) unbedingt, oder
   b) unter gewißen Bedingungen?

Zu 1, a u. b verfügt der Sächsische Entwurf §. 222: „Der Besitzer des Wechsels ist verbunden, eine angebotene Ehren-Annahme auf den Wechsel anzunehmen, jedoch unbeschadet der ihm wegen verweigerter Annahme des Bezogenen zustehenden Regreßrechte, er ist aber nicht verbunden, eine Ehren-Annahme zu suchen, auch wenn auf solche durch eine Nothadresse verwiesen worden wäre." Hierüber wird in den Motiven gesagt: „Auf der Regel, daß der Inhaber nicht durch das Vorhandensein oder

31) Cleynmann, über Wechsel-Duplikate und Abschriften, Frankfurt 1807. S. 9.

Anerbieten der Intervention zu Handlungen genöthigt werde, die schon an sich beschwerlich sind, deren Vernachläßigung aber ihn manchen Vermögensverlusten aussetzen könnte, beruhen verschiedene Bestimmungen des Entwurfs. — Man muß zwar nothwendig dem Inhaber zur Pflicht machen, eine angebotene Ehrenzahlung anzunehmen. Man muß gleiche Verbindlichkeit, die Ehrenzahlung sogar zu suchen, dem Inhaber auch auflegen, wenn Ehrenannehmer vorhanden sind. Aber — man darf ihn nicht in eine Geschäftsführung verwickeln, die er noch dazu mit eigener Verantwortlichkeit für fremde Interessen (der Intervenienten und der Honoraten) verrichten würde. So lange es sich noch blos um Ehren-Annahme handelt, hat der Inhaber keine Verpflichtung auf sich, diese herbeizuführen, wenn sie ihm nicht angetragen wird, auch dann nicht, wenn sie durch eine Nothadresse angekündigt wäre." Diese Theorie berücksichtigt jedoch die Vormänner des Inhabers allzuwenig; sie läßt außer Betracht, daß die Uebernahme eines mit Nothadressen versehenen Wechsels die stillschweigende Uebernahme der Verbindlichkeit in sich begreift, auf diese Nothadressen eintretenden Falls Rücksicht zu nehmen. Cropp bemerkt in seinem Gutachten zu dem Entwurfe der Frankf. Handelskammer S. 54: „Mit Recht behandelt der Entwurf die freiwillige Intervention ganz anders, als die aufgetragene. Bei letzterer ist der Wille der Vormänner klar, es lieber zur Acceptation der Nothadresse als zum Ricambio oder zum Regreß kommen lassen zu wollen, was sich hinsichtlich der ersteren wenigstens nicht unbedingt annehmen läßt. Daher ist es natürlich, den Inhaber zu einer größeren Berücksichtigung der Nothadressen, als der freiwilligen Intervenienten zu verpflichten. Bei den Nothadressen geht das bisherige Frankfurter Wechselrecht (W.O. §. 14.) von dem Grundsatze aus, daß sie für den Hintermann ein verbindliches Mandat enthalten, welchem er, wenn die Hauptadresse die Acceptation verweigert, nachkommen muß; und diese Ansicht liegt auch dem Entwurf zum Grunde. Auch scheint mir dieselbe vor einer zweiten möglichen Theorie, die blos das Interesse des Inhabers berücksichtigte, und es, in Folge hiervon, demselben freistellte, sich überall bei der Nothadresse zu melden, oder nicht, deßhalb den Vorzug zu verdienen, weil man bei der Negocirung eines Wechsels nicht auf die Solidität des Bezogenen zu sehen, und daher über dessen Person gar nichts auszubedingen pflegt, sondern nur

darauf achtet, einen soliden Aussteller oder Giranten und eine Tratte auf einen bestimmten Platz zu erhalten. Man kann daher nicht sagen, daß der Inhaber durch die Substitution einer Nothadresse für den principaliter Bezogenen in seinen contractlichen Rechten verletzt werde, wenn selbst, was doch gewöhnlich nicht einmal der Fall ist, die Nothadresse ein weniger solides Handlungshaus als der Letztere sein sollte."

Nach dieser, ganz auf das wahre Verhältniß wechselrechtlicher Verhandlungen gestützten Ansicht verfügt der Art. 104. der Bremer W.O. „Die Acceptation von Seiten des Intervenienten oder der Nothadresse hat gleiche Wirkung mit der durch den Trassaten geschehenen Acceptation"; — und es dürfte in der Consequenz der Motive zu dem braunschweigischen Entwurf §. 65. 66. gelegen haben, wenn hier dieselbe Vorschrift gegeben worden wäre. Denn, wenn der Regreß M.A. nichts weiter bezwecken kann, als eine Sicherheit durch Bürgen oder Pfand, daß die richtige Zahlung am Verfalltage geschehen werde (braunschweig. Entw. §. 40.); wenn eine solche Sicherheit in den meisten Fällen durch die Ehren-Annahme selbst beschafft sein wird (Liebe, Motive S. 157. 158); so muß es zum wenigsten überflüssig erscheinen, wenn dem Inhaber noch ein besonderer Regreß M.A. nach geschehener Ehren-Annahme verstattet wird [32]).

Was nun aber die zweite oben angedeutete Frage betrifft, so gibt es hierin drei verschiedene Ansichten:

Manche Wechsel-Ordnungen verpflichten den Inhaber ebenso, die Ehren-Annahme eines Dritten, wie diejenige der Nothadresse, zuzulassen. Diese Ansicht hat z. B. der Frankfurter W.O. von 1739 Art. 14 u. 15 zum Grunde gelegen [33]), und die Novelle 5 des Gesetzes vom 12. Nov. 1844 hat hierin nichts geändert. (Meine Anmerk. S. 24.) Man ist hierbei davon ausgegangen, daß eine solche Ehren-Annahme dem Wechsel-Inhaber nicht schädlich, den Vormännern aber nützlich sein werde. In der Regel dürften sich auch nur zahlungsfähige Intervenienten melden, und die Bemerkung von Cropp, daß der Wechselnehmer mehr auf den Aussteller, oder In-

---

32) Habes quod petis. Der §. 227. des nassauischen Entw. setzt die Uebereinstimmung mit der Bremer W.O. voraus.

33) S. Span, Wechselrecht §. 84. meine Anmerk. S. 22.

dossanten, als auf den Bezogenen sieht, kann hier einige Anwendung finden. Wenn man dem Inhaber, trotz der geschehenen Ehrenannahme, noch einen Regreß M. A. gegen seinen Vormann gestatten will, so kann es gar keinen Zweifel leiden, daß er auch zur Annahme jedweder Intervention verpflichtet werden darf. Denn der Grund, weßhalb der Inhaber zur Annahme einer Intervention nicht zu verpflichten sein möchte, könnte doch nur darin liegen, weil sonst jeder auch noch so unsichere Mann sich ihm als Acceptant aufdrängen dürfte. Nun aber würde dieses Bedenken durch die Gestattung des Regresses M. A. gegen den Vormann beseitigt, da ja alsdann der Vormann die fehlende Sicherheit zu beschaffen hätte. (Vergl. den Sächs. E. §. 122. Braunschw. E. §§. 62. 65. 66.)

Andere Wechsel-Ordnungen gehen von der umgekehrten Ansicht aus, und stellen die Annahme einer solchen Intervention, welche nicht durch eine Noth-Adresse zum voraus bezeichnet ist, in das Belieben des Inhabers. So wollte es der Entwurf der Frankf. H.K. §. 30, was jedoch Cropp in seinem Gutachten S. 56 getadelt hat. So verfügt auch die Bremer W.O. Art. 102: „Der Präsentant braucht sich keine Acceptation von Seiten eines auf dem Wechsel nicht bezeichneten Dritten gefallen zu lassen.“ Diese Ansicht empfiehlt sich von der praktischen Seite. Bei Noth-Adressen, zumal wenn sie der Aussteller beifügt, ist zwischen dieser und dem Bezogenen in der Regel gar kein Unterschied. Der Nehmer des Wechsels sieht auf den Aussteller, oder den Indossanten, und es gilt ihm gleich, ob diese den Noth-Adressaten, oder ob sie den Bezogenen in die erste oder zweite Linie als Zahler oder Honoranten stellen. Der Wechselnehmer kann auf den Bezogenen gar kein Gewicht legen, so lange er nicht acceptirt hat. Hier also gilt die Acceptation durch den Bezogenen oder den Adressanten gleich. Ganz anders ist es, wenn ein Dritter intervenirt. Wer ist dieser? Woraus geht hervor, daß er dem Aussteller, oder dem Indossanten recht sein wird? Die Annahme seines Accepts unter Vorbehalt des Regresses M. A. ist eine Weitläufigkeit mehr in dem Gang des Wechselgeschäfts. Daher wird es dem Ermessen des Inhabers anheimgegeben, ob er die Intervention annehmen will. Dieser Inhaber kennt ja den Intervenienten, und wird ihn annehmen, wenn er gut ist. In diesem Fall ist aber auch keine Rede von einem Regreß M. A.

Noch andere Wechsel-Ordnungen verfügen, was Cropp a. a. O.

empfiehlt; sie verpflichten den Inhaber zur Annahme einer solchen Intervention, wenn der Intervenient zugleich für die Zahlung hinlängliche Sicherheit bestellt (Nassauischer E. §. 230, Hannöver'sche W.O. §. 33. Das Preuß. L.R. II, VIII. §. 1020 verlangt baare Zahlung des Intervenienten). In der Theorie scheint diese Ansicht die richtigste zu sein. Allein die Weiterungen, welche die Sicherheits-Leistung veranlassen kann, dürften sie doch am wenigsten empfehlen. Wenn z. B. von einer Sicherheit durch Bürgen die Rede sein soll, so müssen es doch sichere Bürgen sein. Soll es nun dem Richter, oder wem sonst zur Obliegenheit gemacht werden, daß er über die Sicherheit dieses oder jenes Bürgen entscheide? Und wie ist es möglich, die Vermögens-Verhältnisse der Kaufleute genau zu beurtheilen, die als Bürgen in einer Handelsstadt vorgeschlagen werden mögen?

Es kommt bei der vorstehenden Frage, noch mehr aber bei der nachfolgenden, ob nämlich der Wechsel-Inhaber verpflichtet sei, eine Ordnung der Ehrenannehmer unter sich zu beobachten, viel darauf an: ob man eine hauptsächliche Rücksicht auf den Inhaber, oder ob man sie auf die Wechsel-Verpflichteten, seine Vormänner, nehmen will? Als leitender Grundsatz dürfte hierbei gelten können, daß eine Vereinigung dieser Rücksichten, wo sie einigermaßen möglich ist, vor der einseitigen Sorge für diesen oder jenen den Vorzug verdiene. Der Sächsische Entwurf verfolgt mit einer unläugbaren Consequenz lediglich die Rücksicht auf den Inhaber. Es wird hierüber in den Motiven bemerkt: „Ganz besonders hat man sich angelegen sein lassen, den Inhaber da überall herauszuhalten, wo es irgend auf einen Conflikt der Ehrenzahler oder Ehrenannehmer unter sich ankommt. Will ein Ehrenannehmer bei der Ehrenzahlung nicht übergangen sein, so kann er vermöge der Bedingungen, unter welchen er angenommen hatte, verlangen, daß ihm Andere nachstehen, deren Intervention durch Annahme auf dem Wechsel anzutreffen ist; so hat er die Anstalt zur Behauptung seiner Gerechtsame selbst zu treffen. Der Inhaber soll sich um diese Angelegenheiten nicht zu bekümmern haben, sondern er nimmt von den dießfälligen Verhältnissen nur dann erst Notiz, wenn ihm die Anerbietungen geschehen. Es ist auch nicht möglich, dießfalls Vorschriften für den Inhaber mit Nachdruck zu ertheilen, wenn man nicht so weit gehen will, daß man nach Befinden den Inhaber zur Heraus-

gabe dessen anhalten will, was er zwar mit Recht, jedoch von einer Seite her empfangen hatte, von welcher er es nicht annehmen sollen. Man kann nun zwar diese Grundsätze als allgemein anerkannt achten (?). Die Aufstellung derselben in einem Wechselgesetze erscheint aber um so wohlthätiger, da man doch in einigen Gesetzen und Gesetzentwürfen auf Dispositionen stößt, die dem Inhaber Pflichten zur Wahrnehmung fremder Interessen aufzuerlegen scheinen. So würde es denn z. B. inconsequent erscheinen, wenn man an irgend einer Stelle von einer Wahl des Inhabers sprechen würde, die ihm jedoch nur unter den Mehreren gestattet wäre, welche für denselben Wechsel-Verbündeten interveniren wollen" (S. §§. 210, 211, 212, 214, 215, 222, 225, 226, 229, 230, 231 des E.). In Gemäßheit dieser Ansichten verfügen nun u. A. die §§. 225 u. 226. „Wenn mehrere Wechselannehmer auf einem Wechsel concurriren, so ist der Inhaber nicht verbunden, die Präsentation bei allen vorzunehmen, wenn einer derselben, gleichgiltig welcher, zur Einlösung bereit erfunden worden. — Der Inhaber ist auch nicht angewiesen, eine Ordnung der Ehrenannehmer unter sich zu beobachten." Hier also wird ausschließliche Rücksicht auf den Wechsel-Inhaber genommen, und diese Vorschrift steht in gutem Einklang mit der früher hervorgehobenen, daß derselbe selbst den Accept einer Nothadresse nur nachzulassen, nicht einzuholen hat (§. 222 des S. E.). Was nun den Vorzug unter verschiedenen Ehrenannehmern betrifft, so steht die Bestimmung hierüber mit der oben erörterten Frage in Zusammenhang: ob der Inhaber nur die Intervention einer Nothadresse, oder ob er auch die eines Dritten zulassen muß? Nimmt man den ersteren Grundsatz an, so handelt es sich nur um den Vorzug unter den Nothadressen. Nun fragt sich: welcher Nachtheil oder welche Belästigung ist es für den Inhaber — wenn man denselben überhaupt zur Einholung eines solchen Ehrenaccepts verpflichtet —, daß er sich vorzugsweise an diejenige Nothadresse wendet, welche die meisten Wechselverpflichteten von dem Wechselregreß befreien wird? Man kann etwa dagegen bemerken, daß sich dieses vielleicht nicht aus dem Wechsel selbst erkennen lasse, und daher erst weitläufige Anfragen bei jeder der aufgeschriebenen Nothadressen erfordere, für wen sie intervenire? Allein diesem Zweifel wird durch die Vorschrift des Braunschw. Entwurfs §. 75. abgeholfen: „Erhellt aus dem Wechsel nicht, von wem eine darauf be-

findliche Nothadresse hinzugefügt sei, so ist anzunehmen, daß sie vom Trassanten herrühre" (Vergl. Nass. E. §. 228). — In einem solchen ungewissen Fall, und bei einer solchen Vorschrift müßte sonach der Ehrenaccept derjenigen Nothadresse eingeholt werden, welche den Honoraten nicht speciell bezeichnet. Und wenn man jener Vorschrift noch die andere hinzufügt, welche die Novelle 5 des Frankf. Gesetzes vom 12. Nov. 1844 enthält: „Wollten Mehrere für Rechnung des Nämlichen interveniren, so steht es dem Inhaber frei, wessen Intervention er in Anspruch nehmen will, so kann dem Inhaber keine irgend nennenswerthe Belästigung dadurch entstehen, daß er den Accept derjenigen Nothadresse einhole, durch welche die meisten Wechselverpflichteten von einem Regreß befreit werden." (Vergl. Bremer W.O. Art. 100. Nass. E. §. 231.)

Soll der Inhaber verpflichtet werden, die Ehrenannahme eines Dritten zuzulassen, so stellt sich die Frage wegen des Vorzugs der Intervenienten etwas verwickelter. Indessen bemerkt Cropp (Gutachten S. 55) mit Recht: „Bei letzterer (der aufgetragenen Intervention) ist der Wille der Vormänner klar, es lieber zur Acceptation der Nothadresse als zum Ricambio oder zum Regreß kommen lassen zu wollen, was sich hinsichtlich der ersteren wenigstens nicht unbedingt annehmen läßt. Daher ist es natürlich, den Inhaber zu einer größeren Berücksichtigung der Nothadressen, als der freiwilligen Intervenienten zu verpflichten. (Entwurf der Frankf. H.K. von 1827 §. 24.)

In Consequenz zu dieser Ansicht würde also die sich zum Ehrenaccept bereit erklärende Nothadresse den übrigen Intervenienten immer vorgezogen werden müssen. Unter den Nothadressen und unter den übrigen Intervenienten wäre dagegen stets demjenigen Ehrenacceptanten der Vorzug zu geben, welcher die meisten Wechselverpflichteten befreit.

Was den Vorzug unter mehreren Ehrenzahlern betrifft, so stellt sich das Verhältniß nicht gerade eben so. Hier muß es unzweifelhaft in den Wünschen aller Wechselverpflichteten liegen, daß sie möglichst einem Regreß enthoben werden; durch wen dieses geschehe, ist hierbei eine geringere Rücksicht. Es dürfte sich daher in diesem Betracht die Vorschrift des Braunschw. Entwurfs §. 72 am meisten empfehlen:

„Will der Bezogene vor der Annahme einer Ehrenzahlung

noch zahlen, so ist ihm vor allen Intervenienten der Vorzug zu lassen[34]). Unter mehreren Ehrenzahlern geht zunächst derjenige vor, durch dessen Zutritt die meisten der wechselverpflichteten Personen befreit werden würden, und sodann der zufolge eines Auftrags Intervenirende. Bei völliger Gleichheit der Verhältnisse entscheidet die Wahl des Wechsel-Inhabers[35]).

§. 16.

Wenn nun weder von dem Bezogenen, noch von einem Dritten die Annahme, oder die Zahlung des Wechsels zu erhalten steht, so kommt es zu dem Regreß des Inhabers gegen seine Vormänner (den Aussteller und den Indossanten), oder zur Klage gegen den Acceptanten. Bei jenem Regreß ist eine Frage von hervorspringender Wichtigkeit die: in welcher Ordnung er Statt haben soll? Die neueren Gesetzgebungen sind hierin sowohl von den älteren Grundsätzen, als unter sich sehr abweichend. So z. B. enthält der Nassauische Entwurf §. 215 die Vorschrift: „Der Eigenthümer eines nicht honorirten Wechsels kann zunächst nur an denjenigen Regreß nehmen, von dem er den Wechsel bekommen hat, es hätte denn ein früherer Indossant, oder auch der Trassant ausdrücklich auf dem Wechsel erklärt, daß der Inhaber bei nicht erfolgender Acceptation oder Zahlung mit Uebergehung der späteren Indossanten sich sofort an ihn halten sollte." — Es ist jedoch in keiner Weise einleuchtend, warum der Inhaber so gebunden werden soll? und die Vorschrift, welche in dieser Beziehung u. a. die Frankfurter W.O. enthält, verdient bei weitem den Vorzug. Hiernach nämlich mag der Inhaber von seinen Vormännern belangen, welchen er

---

34) S. hierüber §§. 206. 223 des Sächs. E. und die Motive auf S. 830 der Mittheil.

35) Die Frankfurter Nov. §. 5 stimmt hiermit überein, nur daß sie für die Nothadresse keinen Vorzug in zweiter Linie, bestimmt. Eben so wie in Frankfurt wird man die Sache in Bremen nach Analogie des Art. 100 der dortigen W.O. beurtheilen. Die Gründe dafür, daß unter mehreren Intervenienten für denselben Honoraten dem Inhaber die Wahl zu lassen sei, s. auch in den Motiven des Sächs. E. Mittheilungen S. 831.

will; der Uebergangene aber wird von dem Regreß befreit. (Art. 28 der Frankf. W.O.) Einer Rechtfertigung dieser Vorschrift, gegenüber der in Nassau vorgeschlagenen, bedarf es nicht. Denn warum soll man einen Vormann durchaus belangen müssen, den man seiner Verbindlichkeit entlassen will?

In anderen neueren Wechselgesetzgebungen ist man dagegen noch einen Schritt weiter gegangen. Man hat den Regreß völlig frei gegeben, und jeder Ordnung entbunden; man mag hiernach zuerst den Trassanten, und dann einen beliebigen Indossanten angreifen, ohne dadurch seine Ansprüche an einen der Wechselverbundenen irgend zu schwächen, oder zu gefährden; und man kann selbst nach Belieben die Angriffe wechseln, und bald diesen, bald jenen, bis zu vollständiger Befriedigung, in Anspruch nehmen. (Sächsischer E. §§. 124. 125.) Wenn von außergerichtlichen Schritten hierbei die Rede wäre, so dürfte die Vorschrift nur gebilligt werden können. Denn es besteht kein ausreichender Grund, warum man den Inhaber hier beschränken sollte, seine Befriedigung überall da zu suchen, wo er sie zuerst erlangen kann, und diese Versuche zu wechseln, bis sie vollständig gelingen. Dem ist auch z. B. die Frankf. W.O. nicht entgegen. (Meine Anmerk. zu Art. 28.) Allein anders verhält sich die Sache, wenn von gerichtlichen Schritten gegen den einen oder anderen Vormann die Rede ist. Hierdurch müssen alle Hintermänner desselben regreßfrei werden. Denn in dem gerichtlichen Verfahren gegen den Vormann kann etwas versäumt, oder es kann der Rechtsstreit vielleicht nur unglücklich geführt werden, so daß ein Hintermann dieses Vormanns, der zuerst übergangen worden wäre, sodann aber wieder belangt werden wollte, seinerseits einen Regreß nicht mehr nehmen könnte. Man nehme den schon oben berührten Fall, in welchem sich die Ansichten der Rechtsgelehrten noch nicht festgestellt haben. A. stellt einen Wechsel aus zu Gunsten des B. Durch verschiedene Giros kommt dieser Wechsel an C. D. E. Er kommt durch einen unabwendbaren Zufall nicht rechtzeitig an den Zahlort, und wird deßwegen nicht gezahlt. Der Inhaber E. belangt den Zieher A. Dieser schützt die Einrede der Präjudizirung vor, und wird damit gehört, also der E. abgewiesen. Soll nun E. demungeachtet den D. C. oder B. belangen können? Das würde gegen jeden derselben eine Ungerechtigkeit sein. Denn sie ihrerseits können sich an dem A.

nicht mehr erholen, weil dieser bereits freigesprochen ist. (Meine Anmerk. zu dem §. 28 der Frankf. W.O.) Wenn freilich die um Zahlung angegangenen Vormänner solche verweigert haben, und dieses erweislich gemacht wird, so könnte man ihnen jenen Schaden zu tragen überlassen. Mit der Frankf. W.O. stimmt der Braunschweig. E. §§. 55. 59 überein. Die klarste und billigste Fassung scheint in dem gedachten Betreff Cropp (Gutachten S. 134) vorgeschlagen zu haben:

„Es steht dem Inhaber des Wechsels frei, wenn derselbe zur Verfallzeit nicht bezahlt worden ist, sich wegen dessen Einlösung nach seiner Wahl an den einen oder den anderen Wechselschuldner zu wenden, und verliert er dadurch, daß er außergerichtlich Zahlung von einem entfernteren Vormann fordert, seine Anrechte an die näheren Vormänner nicht. Schreitet er aber zu gerichtlicher Klage, so werden die Vormänner, welche er hierbei in der Reihenfolge übergeht, von allen weiteren Ansprüchen befreit, insofern er nicht vor der Anstellung der Klage gegen den entfernteren Vormann von demselben die Zahlung begehrt, und im Weigerungsfalle sich seine Rechte gegen sie mittelst eines Contraprotestes vorbehalten hat. Der Acceptant aber wird durch die gegen einen Vormann angestellte Klage nie frei." [36])

Eine zweite wichtige Frage ist bei dem Wechselregreß die: welcher Schaden ist dem nicht bezahlten Inhaber des Wechsels zu ersetzen? Auch hierüber hat schon Cropp in seinem Gutachten S. 146 das Nachstehende sehr richtig bemerkt: „Nach den Vorschriften des gemeinen Rechts könnte Derjenige, welchem an einem fremden Orte zu einer bestimmten Zeit die Leistung einer Zahlung versprochen

---

36) Diese Fassung scheint auch den Vorzug vor jener der Bremer W.O. Art. 81 zu verdienen. Hier wird dem Regredienten zur Pflicht gemacht, dem einstweilen übersprungenen Vormann wenigstens eine Ausfertigung der Protest-Urkunde mit nächster Post zu senden. Was soll dieser nun aber hiermit anfangen? Soll er damit seinen Vormann pfänden dürfen, ehe er selbst etwas bezahlt hat? Soll der Vormann von ihm und dem Wechsel-Inhaber zugleich verklagt werden dürfen? Oder soll er mit dem Protest in der Hand ruhig bleiben, bis der Rechtsstreit gegen seinen Vormann entschieden ist?

war, für das Ausbleiben solcher Zahlung auch noch ersetzt verlangen: theils einen ungewöhnlichen Verlust, den er dadurch erleidet, theils den Handelsgewinn, den er mittelst jenes Geldes inzwischen hätte machen können. l. 2. §. 8 D. — 13. 4. — Sollen nun solche Dinge in die Retour-Rechnung für einen auswärts zahlbaren, nicht gezahlten Wechsel gebracht werden können? — Es scheint sehr bedenklich, Forderungen dieser Art bei einem protestirten Wechsel zuzulassen, da dergleichen bei Wechseln überhaupt nicht gewöhnlich ist; da die Gestattung solcher Forderungen übertriebenen Schadensrechnungen Raum geben könnte; da solche Ansprüche sich immer nur in einem weitläufigen Liquidationsverfahren geltend machen ließen, und die Zulassung solcher Liquidationen wegen des weiteren Regresses des Beklagten sehr bedenklich ist; und da endlich der Regreßnehmende in der Regel sofort zu seinem Gelde kommen kann, wenn er einen Ricambio zieht." In den Motiven zu dem Sächsischen Entwurf (Mittheil. S. 720) sind diese Verhältnisse noch weiter beleuchtet, und es ist für die bestimmte Entscheidung in dem von Cropp erörterten Sinn durch den §. 123 eine specielle Vorschrift gegeben worden. (S. auch den Braunschw. E. §. 56 und Motive von Liebe S. 140 fgg.) Zu fordern hat sonach der Wechsel-Inhaber als Regredient 1) das Wechsel-Kapital, und 2) Zinsen und Kosten, nach Vorschrift der betreffenden Gesetze. Außerdem darf ihm kein Schadensersatz zugebilligt werden. In Bezug auf das zu erstattende Wechsel-Kapital wird in den Motiven zu dem Sächsischen Entwurf bemerkt, daß es nicht darauf ankommen könne, was der Regredient seiner Zeit für den Wechsel gegeben habe, sondern nur darauf, was der Bezogene zu zahlen hatte, weil a) der Käufer eines Wechsels alle Gefahr, Schaden und Nutzen in Hinsicht auf etwaige Coursbewegungen bis zu dem Verfalltage übernehme; weil b) der Regredient, der den Rembours nicht von seinem unmittelbaren Vormann fordere, auch nicht das zwischen diesem und ihm verhandelte Geschäft seiner Forderung an einen Dritten zum Grund legen könne; c) weil der unmittelbare Vormann seinerseits nicht von einem ferneren Regreßpflichtigen zurückfordern könne, was ihm z. B. sein Nachmann für den Wechsel gezahlt habe. Mit diesen Ansichten, die sich in dem §. 115 des E. so ausgedrückt finden: „Unter Kapital wird die in dem Wechsel verschriebene Geldsumme in der bezeichneten Sorte und Währung verstanden" — stimmt im

Wesentlichen der Braunschw. E. §. 56 überein. (Auf weitere Einzelheiten ist hier nicht einzugehen, und in Hinsicht auf den eben angeführten §. 56 ist Liebe S. 140 fg. nachzulesen.)

Was den Regreß eines Indossanten, der seinen Indossanten im Wege des Regresses befriedigt hat, an seinen Vormann betrifft, so sind hier zwei verschiedene Bestimmungen möglich: entweder man gestattet ihm, die Summe wiederzufordern, welche bei einer directen Rivalirung vom Zahlungsorte auf den Wohnort des Vormanns zu entrichten gewesen wäre, so daß nur auf den zwischen diesen beiden Orten bestehenden Cours gesehen werden könnte; oder man gestattet ihm, das, was er selbst hat bezahlen müssen, nach dem zwischen seinem Wohnorte und dem Wohnorte des fraglichen Vormanns bestehenden Course zu fordern. Ist ein Wechsel an Ordre ausgestellt und girirt, so hat auch der Empfänger das Recht weiter zu giriren, und wenn er dieses ihm eingeräumte Recht benützt, so darf er Ersatz für den aus der Nichtzahlung des Wechsels entstehenden Schaden fordern, sonach die Rückerstattung desjenigen verlangen, was er selbst dieserhalb zahlen mußte. Es ist daher, ungeachtet viele Wechselordnungen, u. a. der Code de comm. art. 181—183, die erstere Bestimmung enthalten, der letzteren der Vorzug zu geben[37]).

§. 17.

Daß die wechselmäßigen Regreßansprüche des Inhabers gegen die Indossanten und den Aussteller an die genaue Beobachtung der wechselrechtlichen Vorschriften, namentlich an die Vorzeigung des Wechsels zur Zahlung auf den richtigen Verfalltag, und den gehörigen Protest M. Z. u. s. w. gebunden sind, ist eine bekannte Sache, und die neueren Wechselgesetzgebungen weichen hier wohl in Nebenpunkten, nicht aber in der Hauptsache von einander ab. Eine schwierigere Frage ist es in der Theorie seither gewesen: ob der Acceptant, welchem der Wechsel nicht rechtzeitig zur Zahlung vorgezeigt worden ist, demungeachtet länger, und wie lange er wechselrechtlich

37) S. den Sächs. E §. 151. Bremer W.O. Art. 86. Cropp Gutachten S. 149. Braunschw. E. §. 57. Liebe, Motive S. 144 fgg. Meine Anmerk. zur Frankf. W.O. zu Art. XXII. S. 42 fgg. Nassauischer E. §. 226.

verhaftet bleibe? Es wurde dabei nämlich zur Frage gebracht: ob der Acceptant, weil er acceptirt habe, jedenfalls zu zahlen verbunden sei? oder ob er nur so und also nur zu der Zeit zu zahlen verbunden sei, wie es ihm aufgetragen worden, und wie er es demnach acceptirt habe? Für die letztere Ansicht wurde folgende Argumentation erhoben: „Es ist in dem trassirten Wechsel der Auftrag des Trassanten an den Trassaten enthalten, daß der Letztere einem Dritten (dem Remittenten und beziehungsweise an dessen Ordre) eine gewisse Summe Geldes zu einer gewissen Zeit bezahlen soll. Dieser Auftrag wird durch die Acceptation angenommen. Er darf und soll nur so vollzogen werden, wie er gegeben ist. Wenn also der Wechsel-Inhaber sich nicht zu der vorgeschriebenen Zeit meldet, so hört sein Recht aus dem acceptirten Wechsel von selbst auf, und es bedarf hierzu keiner Verjährung. Denn nur zu dieser Zeit ist die Zahlung aufgetragen und versprochen worden“ [38]). Nach dem Art. 32 der älteren Leipziger, und nach dem Art. 46 der Frankf. W.O. war eine weitere Haftung des Acceptanten auf die Dauer von vier Wochen ausgesprochen, über die Auslegung dieser Bestimmungen jedoch der gelehrte Streit geführt worden, welchen Schulin in seiner Abhandlung über den Art. 46 der Frankf. W.O. gründlich dargelegt hat. Die Ansicht der Kaufleute ist dieser Auslegung entgegen, und in neuerer Zeit hat sie auch das Gesetz in Frankfurt verlassen, und das Accept als eine, von dem Acceptanten gegen den Inhaber des Wechsels übernommene feste Verbindlichkeit betrachtet, welcher jedenfalls genügt werden müsse. Man hat die Frist von vier Wochen, binnen welcher solche früher erlöschen sollte, auf ein Jahr erstreckt (§. 15 der Frankf. Wechsel-Nov. vom 12. Nov. 1844). In Sachsen scheint jene Ansicht, wonach die Verbindlichkeit des Acceptanten nur auf eine bestimmte Zeit übernommen wird, und daher nach Ablauf dieser Zeit in sich selbst erlischt, ganz verloren gegangen zu sein. Sie findet sich wenigstens in den Verhandlungen über den neuen Entwurf kaum erwähnt (s. die Mittheilungen S. 859), und es wird darin gleichfalls eine Verjährung des Accepts von einem Jahr bestimmt (§. 235 nach der von der zweiten Kammer angenommenen Fassung). In der W.O. für Bremen ist eine Ver-

38) S. meine Anmerk. zu der Frankf. W.O. zu Art. 46 S. 96 fgg.

jährungsfrist von zwei Jahren, von dem Verfalltag an, bestimmt worden (Art. 119. 120), in dem Entwurf für Braunschweig ein Jahr (§. 91 fgg). Dagegen findet sich eine Reminiscenz des Artikels 32 der Leipziger W.O. und des aufgehobenen Art. 46 der Frankf. W.O. in dem §. 255 des Entwurfs für Nassau: „Die Klage des Wechsel-Inhabers — gegen die Acceptanten — erlischt in vier Wochen."

§. 18.

Sehr anerkennenswerth ist, was der K. Sächsische Reg.-Commissär Einert bei den Verhandlungen über die Wechselverjährung gesagt hat, und was am besten mit dessen eigenen Worten hier wieder gegeben wird:

„Giebt es irgend einen Punkt, bei dem man das Mißliche einer Partikular-Gesetzgebung für den Wechsel erkennt, so ist es diese Frage, und das deßhalb, weil der Wechsel zum Wandern bestimmt ist, weil die Verjährungs-Frage bei einzelnen Wechseln vielleicht an zehn Orten in zehn verschiedenen Territorien angeregt werden kann. Und nun entsteht der Nachtheil, daß, wenn Jemandem aus dem Wechsel in dem einen Territorium wider den Beklagten geholfen worden ist, man nicht im Stande ist, diesem condemnirten Beklagten eine Rechtsverfolgung zu garantiren, die er wider seine Vormänner, die er im Auslande aufzusuchen hat, nehmen könnte. Der Paragraph selbst (§. 233) enthält die Bestimmung, daß die Verjährung eines Wechsels in jeder Beziehung nach den Gesetzen des Orts beurtheilt werden soll, wohin derselbe gezogen oder domizilirt worden ist. Wenn es zu einer Gesetzgebung für ganz Deutschland käme, so wäre es in Bezug auf diesen Punkt völlig gleich, ob man sich entscheiden würde, daß die Wechselklage nach den Gesetzen des Orts betrachtet werde, wo er ausgestellt worden ist, oder wo der Bezogene oder Acceptant wohnt. Es wäre eine Wohlthat, wenn irgend etwas in Beziehung auf diesen Punkt ausgesprochen würde, und die Staatsregierung kann ihre Absicht nicht verläugnen, durch Hinstellung eines solchen §. eine Anregung für das übrige Deutschland zu geben, daß man über irgend eine solche Bestimmung sich vereinigen möchte" (Mittheil. S. 859).

Der fragliche §. 233. lautet so:

„Die Verjährung eines Wechsels wird in jeder Beziehung nach den Gesetzen des Orts beurtheilt, wohin derselbe gezogen, oder domizilirt ist."

Als §. 1. des ganzen Entwurfs einer neuen Wechsel-Ordnung hatte die sächsische Regierung folgende Bestimmung vorgeschlagen:

„Nach diesem Gesetzbuche sind nicht allein diejenigen Verrichtungen zu beurtheilen, welche nach dessen Bekanntmachung im Lande vorgekommen sind — ohne Unterschied, ob sie bei inländischen oder fremden Wechseln eintreten, sondern auch — diejenigen Handlungen, welche bei inländischen und fremden Wechseln im Auslande vorgenommen sind oder verrichtet werden sollen, insofern nicht ein am Orte, wo die Handlung erfolgen soll, dafür bestehendes abweichendes geschriebenes oder Gewohnheitsrecht dem Richter bekannt ist, oder nachgewiesen wird."

Nach den Erklärungen der Regierung bei den Verhandlungen der zweiten Kammer soll durch diesen §. weiter nichts ausgesprochen werden, als daß die Form der wechselrechtlichen Handlungen nach den Gesetzen des Landes zu beurtheilen ist, wo diese Handlung geschehen ist, oder hätte geschehen sollen: locus regis actum (Mittheil. S. 562). Diese Landesgesetze müssen jedoch in jedem einzelnen Fall dem Richter entweder bekannt sein, oder nachgewiesen werden. Im anderen Falle gilt das sächsische Gesetz.

Leider! muß hier anerkannt werden, daß der eben angeführte Vorschlag der sächsischen Regierung ein liberaler Vorschlag im Verhältniß zu den Grundsätzen genannt werden kann, die noch sonst von deutschen Rechtsgelehrten und zwar, von ihrem Standpunkte aus, nicht mit Unrecht vertheidigt werden. Das Wechselrecht, das wechselrechtliche Verfahren — so wird mitunter geurtheilt — ist eine Ausnahme von der Regel des ordentlichen Verfahrens, eine Ausnahme, die, in Hinsicht auf die dabei stattfindende besondere Beschleunigung und den Personal-Arrest, welchem der Wechsel-Schuldner unterworfen werden muß, streng innerhalb der ihr durch die Landes-Gesetze gestellten Grenzen zu halten ist. Der Richter darf diese Grenzen nicht in Hinsicht auf fremde Gesetze überschreiten. Nicht allein also, daß z. B. die Frage der Wechsel-Verjährung nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen ist, wo der Wechsel ein-

geklagt wird, weil das Wechselverfahren nur durch eine, nach den Gesetzen dieses Orts dazu geeignete Urkunde begründet werden kann[36]); nein! überhaupt kann nur eine Wechselklage dann zugelassen werden, wenn alle Bedingungen erfüllt sind, welche die Landesgesetze als das Erforderniß einer solchen Klage bezeichnen. Insofern kann der Grundsatz: locus regis actum — keine unbedingte Anwendung finden! So z. B. hat noch in neuerer Zeit das Frankfurter Stadtgericht in Sachen Gernsheim gegen Wiegand die Wechselklage abgewiesen, weil der Protest M. Z. von dem auswärtigen Inhaber nicht in der, durch die hiesigen Gesetze bestimmten Zeit notificirt worden war. Das Appellationsgericht hat dagegen die Klage nach dem Grundsatz: locus regis actum — zugelassen!

Wenn man nun bedenkt, in welchen lebhaften gegenseitigen Verkehr die deutschen Staaten schon durch den Zollverein getreten sind und durch die Eisenbahnen fernerhin kommen werden; wie beinahe unmöglich der Geschäftsmann eines deutschen Staates die wechselrechtlich in allen anderen deutschen Staaten vorgeschriebenen Formalitäten kennen und alle zugleich beobachten kann; welche Verluste ihn bedrohen, wenn er darin das Geringste versäumt; so muß man gestehen, daß es als eine der ersten Pflichten deutscher Regierungen erscheint, diesem, mit den Verhältnissen der Zeit und mit den gerechten Forderungen der Zeitgenossen nicht übereinstimmenden Zustande der Gesetzgebung durch gegenseitiges Uebereinkommen ein Ende zu machen.

---

36) S. meine Anmerk. zu der Frankf. W.O. S. 99 flg. Wächter, über die Collision der Privat-Gesetze, civil. Archiv XXIV. XXV. §. 9. 10. 30.

II.

Zur Geschichte der englischen Jury,

Bemerkungen zu F. C. Dahlmann's Aufsatz Band X. Heft 2. S. 185 dieser Zeitschrift.

Von

F. A. Biener.

In Bezug auf die Geschichte der englischen Jury hat Dahlmann in dem angeführten Aufsatze einige Fragen allgemeinerer Art aufgestellt und mit Zuziehung seiner Studien über nordische Rechte und Geschichte beantwortet. Wie bedeutend durch diese Erörterungen die betreffenden Punkte an Klarheit und Sicherheit gewonnen haben, soll hier näher nachgewiesen werden.

Die eine Frage ist die, warum in England die Geschwornen-Gerichte nicht untergegangen sind? Man könnte diese Frage für überflüssig halten, weil die Anhänglichkeit der Engländer an ihre althergebrachten Einrichtungen bekannt ist, aber es läßt sich nachweisen, daß im 14ten und 15ten Jahrhundert bedeutende Inconvenienzen jenes Institutes zum Vorschein kamen, welche demselben leicht den Untergang bringen konnten. Hierher gehört [1]), daß in den gewaltthätigen Zeiten des Mittelalters die regelmäßige Justizverwaltung der Gerichtshöfe gegen Mächtige aller Art häufig erfolglos war, indem diese Gerichte in Westminster ihren Sitz hatten und den Sheriffs in den Grafschaften nicht hinreichende Kräfte zu Gebote standen, um die Befehle der Obergerichte auszuführen. Es ereignete sich, daß die Befehle des Gerichts geradezu verhöhnt oder die Jury

---

1) Asher in Mittermaier krit. Zeitschrift II. S. 320 — 322.

auf ihrer Reise nach dem Sitz der Assisen auseinander gesprengt wurde. Ebenso waren die Sheriffs außer Stande, mächtige Verbrecher zu arretiren und festzuhalten. Da war also Abhülfe zu treffen und zwar durch Gerichte, welche nicht halb königlich halb Volksgerichte waren, sondern welche als rein königliche Ansehen und Macht vereinten. Für Civilfälle wendete man sich nun an den Kanzler, welcher ursprünglich keine Gerichtsbarkeit hatte, aber auf diese Veranlassung hin und wo sonst das common law nicht ausreichte, nach und nach eine ausgedehnte Jurisdiktion ausübte, wobei ohne Jury in römisch-kanonischer Form procedirt wurde. Von Seiten des Parlements wurde oft über diese Jurisdiction Beschwerde geführt, aber sie besteht noch bis auf den heutigen Tag. Für Criminalfälle ist Verschiedenes zur Abhülfe versucht worden, worunter die Sternkammer unter Heinrich VII. wegen ihrer längeren Dauer am mehrsten bekannt ist. Sie war auf die Grundsätze des inquisitorischen Processes gestiftet und ursprünglich eine Wohlthat für das Land, weil sie mächtige Verbrecher zur Verantwortung ziehen konnte, denen andere Gerichte nicht beizukommen im Stande waren [2]). Nachher diente sie freilich politischen Verfolgungen, erregte vielfache Beschwerden und wurde unter Karl I. abgeschafft. In neuerer Zeit, seit der Mitte des 18ten Jahrhunderts, droht der Criminaljury eine neue Gefahr, gegen welche Blackstone warnend auftritt. Es sind nämlich durch Parlementsakten verschiedene Klassen von geringeren Verbrechen den Friedensrichtern und anderen Behörden überwiesen worden, um sie summarisch ohne Jury abzustrafen. Noch jetzt geht man damit um, in ähnlicher Weise jüngere Verbrecher der Jury zu entziehen, um ihre längere Gefangenhaltung und daraus entstehende Demoralisirung abzustellen. Auch das new trial bei der Jury in Civilsachen gehört eigentlich zu den Beeinträchtigungen, welche dem ursprünglichen Recht der Jury widersprechen. Wir sehen also, wie in alter und neuer Zeit sich zuweilen Umstände hervorgethan haben, welche für gewisse Verhältnisse die Jury als unzureichend bezeichneten. Sie haben sogar zu etwas Bleibendem geführt, insofern daraus das Billigkeitsgericht der Kanzlei und die summarische Strafjurisdiktion der Friedensrichter hervorgegangen sind. Indeß ist noch ein anderer

2) Dahlmann, englische Revolution S. 27.

Umstand in das Auge zu fassen, welcher dazu geeignet war, im Mittelalter das ganze Institut zu untergraben, nämlich die allmählig eintretende Unbrauchbarkeit desselben. Die Jury wurde für Civil- und Criminalsachen aus der Nachbarschaft, aus dem Hundred berufen und hatte, ohne daß vor ihr verhandelt wurde, aus ihrer eigenen mitgebrachten Wissenschaft ihren Spruch zu geben. Dieß gieng in der alten Zeit wohl an, weil damals bei geringerer Stufe der Civilisation alles öffentlich war und die Nachbarschaft daher die Verhältnisse der Güter und der Familien, die Mittel sich zu ernähren, selbst den Charakter der Einzelnen genau kannte. Die fortschreitende Civilisation führt aber zu dem Aufhören jener patriarchalischen Offenheit, indem man anfängt, seine Privatverhältnisse geheim zu halten. Die Geschwornen, obwohl aus der Nachbarschaft, waren daher nunmehr in vielen Fällen außer Stande, mit Kenntniß der Sache ihren Spruch zu geben, und wenn schon im 12ten und 13ten Jahrhundert dieß in einzelnen Fällen Bedenken erregte, so scheint es doch erst im Anfange des 15ten zu einem auffallenden, gewöhnlich eintretenden Uebelstand erwachsen zu sein. Hier war also die Möglichkeit, daß das ganze Institut als unbrauchbar nach und nach außer Gebrauch kam. Wenn die Geschwornen nicht als Wissende auftreten und ein einstimmiges Verdict finden konnten, so konnte es dahin kommen, daß die Justitiarien einzelne Wissende als Zeugen vernahmen und selbst das Urtheil sprachen. Es ist aber nicht dahin gekommen, indem eine Reform der Geschwornengerichte ihnen ihre Brauchbarkeit dadurch wiedergab, daß in ihrer Gegenwart gerichtliche Verhandlungen Statt fanden und sie darauf hin ihr Verdict zu geben hatten. Für die Jury in Civilsachen hat dieß im 15. Jahrhundert stattgefunden und Fortescue de laudibus legum Angliae (um 1460) Kap. 26. 27. berichtet uns, daß in Gegenwart der Jury erst die verhandelten Akten verlesen wurden und dann Vorträge der Partheien und Vernehmungen der Zeugen eintraten. Bei der Jury in Criminalsachen ergibt sich aus Fortescue noch keine Veränderung, und wir wissen ausserdem, daß erst am Ende des 15ten Jahrhunderts und in der ersten Hälfte des 16ten sich theils Verlesung schriftlicher Verhandlungen z. B. der Coroner, theils Zeugenvernehmungen nach und nach gebildet haben [3]). Diese Reform hat also das Institut

---

3) In diesem Stücke ist offenbar die Civiljury der Criminaljury vor-

der Geschwornengerichte gerettet, welches ohne dieselbe unfehlbar untergehen mußte [4]). Da kein betreffendes Parlementsstatut bekannt ist (nämlich im 15ten Jahrhundert, wo die Reform anfing), so müssen wir annehmen, daß diese Veränderung auf dem Wege der gewohnheitsrechtlichen Bildung (common law) durch Connivenz und Veranstaltung der Justitiarien entstanden ist, welche die Assisen mit den Geschwornen abzuhalten hatten. Hierbei muß ich eine Ansicht erwähnen, welcher mir Herr Dr. Zachariä von Lingenthal aus Aeußerungen hochgeachteter englischer Juristen mündlich mitgetheilt hat, daß die Justitiarien aus Gewissenhaftigkeit, um nicht die Verantwortlichkeit des Spruches auf sich zu laden, vorgezogen hätten, die Geschwornen durch Verhandlungen in ihrer Gegenwart zu einem Spruche zu qualificiren. Wichtiger noch ist die Nachweisung in Dahlmann's Aufsatz S. 186. 203—205, daß die Institution des Geschwornengerichtes in Norwegen und Dänemark untergegangen ist, weil dort die politischen Institutionen zu Grunde gingen, welche die nothwendigen Träger einer volksfreundlichen Gerichtsverfassung sind, und die Ansicht desselben, daß die Erhaltung des freien Volkssinnes durch die Organisation und Mitwirkung des Parlements in England die Fortdauer dieser Einrichtung bewirkt habe. Wirklich finden wir die Hochachtung und Festhaltung dieses Institutes, als der constitutionellen Freiheit entsprechend, im 18ten Jahrhundert bei Blackstone und Anderen ausgesprochen. Sie zeigt sich ferner im 17ten Jahrhundert unter Karl II., wo die uralte Befugniß der Jury, über den Rechtspunkt zu entscheiden und nicht dabei an die Anweisung der Richter gebunden zu sein, mit Bestimmtheit anerkannt wurde: von dem Unterhause 1667 und in dem Falle William Penn 1670 von den zwölf Richtern Englands. Indeß haben sich in Hinsicht der Libellprocesse im 18ten Jahrhundert wiederum

---

ausgegangen. Dasselbe ist in noch einem anderen Verhältnisse der Fall. Schon im 12ten Jahrhundert konnte in Civilsachen der Beklagte gegen das angetragene Duell sich auf die Jury berufen; in Criminalsachen konnte er dieß im 13ten anfänglich nur gegen die Rüge, bald darauf aber auch gegen das vom Ankläger angetragene Duell. Das letztere ist gewiß durch die Praxis nach der Analogie des Civilprocesses eingeführt.

4) Biener, Abhandlungen 1846. S. 32.

Zweifel gezeigt, weil theils in Bezug auf die Presse strengere Grundsätze in Umlauf kamen [5]), theils die unrichtige Vorstellung aufkam, daß die Geschwornen die Thatsache, die Richter das Recht zu bestimmen hätten. Zuletzt ist jedoch durch 32 Georg III. c. 60. das alte Recht der Jury entschieden bestätigt worden. Ferner gehören die Kämpfe des Parlements gegen das Kanzleigericht und gegen die Sternkammer zu den Bestrebungen, die Jury aufrecht zu erhalten. Endlich kann man in dem 15ten Jahrhundert die unter Leitung der Justitiarien stattgefundene Fortbildung und Reform der Jury dem Umstand zuschreiben, daß man sie damals für einen wesentlichen Bestandtheil einer gemäßigten Verfassung ansah, und für diese Annahme sich sogar auf den Zusammenhang beziehen, in welchem Fortescue, selbst Jurist und Kanzler von England, in seinem oben angeführten Werke die Jury behandelt. Indem wir uns auf diese Weise der Ansicht Dahlmann's anschließen, gelangen wir zu folgenden Resultaten: Die Geschwornengerichte sind nicht aus dem Freiheitssinn der Engländer, aus ihrem Kampf gegen die absolutistischen Prätensionen der normännischen Könige oder den Regungen gegen die Willkühr der Regenten hervorgegangen, welche zuletzt in der Revolution von 1688 ihr Ziel fanden. Wohl aber hat man in der neueren Zeit immer bestimmter sie nicht blos als Basis einer geregelten althergebrachten Gerichtsverfassung, sondern auch als ein Stück der in der Landesverfassung begründeten Freiheiten der Nation angesehen und festgehalten.

Die andere Frage ist, ob die Geschwornengerichte von den Normannen nach England und nach der Normandie von den ersten dort eindringenden norwegischen Eroberern gebracht worden sind? Diese Genesis der Geschwornengerichte ist in England früher angenommen worden, z. B. bei Spelman und in Hickes dissertatio epistolaris, und zwar in folgender Gestalt: Regner Lodbrok habe das Gericht der XII an die Stelle des Duells eingeführt und etwa 50 Jahre nachher habe Rollo es nach der Normandie gebracht. Indeß ist die Stelle des Saxo keineswegs deutlich und der Regner Lodbrok eine mythische Person, so daß wir uns anderweitig umsehen

5) Die große Jury hat im 18. Jahrhundert mehrere Schriften z. B. von Mandeville und Bolingbroke als irreligiös denuncirt.

müssen. Einige englische Chroniken wollen wissen, daß Wilhelm der Eroberer den dänischen Rechten besonders günstig gewesen wäre, wegen des dänischen Ursprunges der Normannen, und dieß könnte die Vermuthung erregen, daß die vorübergehende Eroberung Englands durch die Dänen dorthin die Geschwornen-Gerichte gebracht hätte, und solche nebst anderen dänischen Einrichtungen Wilhelm I. in Schutz genommen habe. Dagegen spricht aber, daß die Gesetze des Königs Kanut, selbst das für seine Haustruppen, das Witherlagsret[6]), kein Geschwornengericht haben; die Begünstigung des dänischen Rechts durch K. Wilhelm dürfte sich wohl am Ende auf die Englesheria beschränken. Ferner ist in neuerer Zeit in Deutschland eine Hinweisung auf die nordischen Rechte gangbar und noch neuerlich in der Germanisten-Versammlung von Michelsen reproducirt worden, in dem Sinne, daß die scandinavischen Geschwornen-Gerichte und eben so die englischen aus den Eideshelfern hervorgegangen wären. Dieser Umstand ist die Veranlassung gewesen, daß ich in meinen Schriften zweimal [7]) das scandinavische Recht erwähnen mußte, indem ich gegen die Entstehung der Geschwornen aus den Eideshelfern mich erklärte, ohne jedoch über das nordische Recht, dessen Sprachen ich nicht kenne, einen bestimmten Ausspruch zu wagen. Endlich hat nunmehr Dahlmann S. 188. 189. nachgewiesen, daß in Norwegen als ordentliche Gerichte in mehreren Stufen über einander Zwölfergerichte existirten, welche für die einzelnen Fälle unter Mitwirkung der Partheien berufen wurden, über Thatsache und Recht durch Einstimmigkeit entschieden, und zwar ohne daß ein weiteres Rechtsmittel zuläßig war. Hier haben wir nun durch die Hinweisung auf das Stammland der Normannen und die Hervorhebung der wesentlichen Eigenschaften des Geschwornen-Gerichts eine zuverläßige Grundlage, deren Uebereintreffen in den Haupteigenschaften mit den englischen Einrichtungen sogleich in die Augen fällt. Sogar die verdoppelte Zwölfzahl der norwegischen Gerichte finden wir in dem alten englischen Recht als attincta, eine Doppeljury, um über eine wegen ihres Spruches verdächtig erkannte einfache Jury zu richten, was zwar längst außer Gebrauch war, doch erst 1825 förmlich aufgehoben worden ist. Im übrigen ist es die Meinung von Dahlmann,

---

6) Dahlmann, Geschichte Dänem. I. S. 155.

7) Beiträge S. 305. Abhandlungen S. 16.

daß die Normannen diesen norwegischen Gebrauch, ebenso wie den Gottesgerichtskampf, aus ihrer Heimath in die Normandie, aus der Normandie nach England brachten. Ueber diese wichtige und lichtvoll dargestellte Ausführung einer älteren, bisher ungenügend motivirten Ansicht ist nunmehr Näheres zu bemerken. Daß die Geschwornengerichte nicht angelsächsischen Ursprungs sind, ergibt sich, wie bereits Hickes bemerkt hat, daraus, daß die Gesetze Wilhelm des Eroberers, welche das angelsächsische Recht nach den Angaben der Barone und anderer Wissenden zu sanctioniren bestimmt waren, nichts davon erwähnen. Dagegen werden wir auf die Normandie als Ursprungsquelle dadurch verwiesen, daß der in der Mitte des 13ten Jahrhunderts verfaßte Coûtumier de Normandie Geschwornengerichte enthält nach englischer Art, doch mit einigen Modifikationen. Hier kann man nur zwei Erklärungen sich denken; entweder daß die in englischen Reichsgesetzen 1164 und 1176 für Civilprocesse aufgestellten Geschwornengerichte sogleich in die von da an bis 1203 noch von den Engländern beherrschte Normandie übertragen worden sind, oder daß die Geschwornengerichte alte Landespraxis in der Normandie waren und bei einer Reform des Gerichtsverfahrens, um das den Engländern verhaßte Duell abzuschaffen, nach England übertragen wurden. Die letztere Ansicht hat für sich, daß sie einen Grund der Einführung in England nachweist, während die erste einen solchen Grund entbehrt und vielmehr die Nachweisung der Geschwornengerichte in Norwegen hinlänglich die Erscheinung derselben in der Normandie begründet. Wir haben aber noch ein anderes Beispiel, daß man in England nicht verschmähte, sich Normännisches anzueignen. In die Magna Charta von 1215 sind mehrere Artikel aus der Charta pro libertatibus Normanniae 1155 wörtlich übertragen worden; darunter die berühmte Stelle: Nullus liber homo — destruatur, nisi per legale judicium parium suorum vel per legem terrae, und diese Stelle betrifft sogar die Gerichtsverfassung. Gestützt auf diese Argumente dürfen wir daher annehmen, daß England seine im 12ten Jahrhundert für Civilsachen aufgestellten Geschwornengerichte aus dem Gerichtsbrauche der Normandie entlehnt habe; denn die Rügejury ruht auf alt-englischer Wurzel und fehlt in der Normandie. Die Urtheilsjury hat sich aber in England erst im 13ten Jahrhundert aus der Rügejury gebildet und weicht von der normännischen ab. Indeß bleibt eine Schwierigkeit übrig, welche

ich in meinen Beiträgen S. 233 hervorgehoben habe, nämlich daß in dem normännischen Coutumier sich mehrere Einrichtungen vorfinden, deren Entstehung in England deutlich nachgewiesen werden kann, zu einer Zeit, wo die Normandie bereits unter französischer Herrschaft stand. Daß man auch hierin dem Gebrauche der Normandie gefolgt sey, ist unmöglich, weil wir in England die Motiven dieser neuen Einrichtungen kennen und England die Rechtsneuerungen einer verlornen Provinz gewiß nicht nachahmen konnte. Daß in beiden Ländern gleichzeitig dieselben Modifikationen sich ursprünglich gebildet hätten, ist unwahrscheinlich. Es bleibt also nur übrig, daß die Praktiker in der Normandie aus alter Anhänglichkeit anfänglich den Fortschritten des englischen Rechts noch unter der französischen Herrschaft gefolgt sind. Sehen wir aber einmal das normännische Gerichtsverfahren als die Wurzel der englischen Geschwornengerichte an, so ist das weitere Zurückführen auf die scandinavischen Rechte völlig unbedenklich, seitdem Dahlmann durch seine Darlegung nicht blos auf Norwegen, das Heimathland der Normannen, hingewiesen, sondern auch zugleich das eigentliche Wesen der Geschwornengerichte auf historischem Wege bestimmt und die Unterschiede von anderen Zwölfergerichten bemerklich gemacht hat. Wenn wir nunmehr das norwegische Zwölfergericht unmittelbar mit dem englischen des 12ten Jahrhunderts vergleichen, weil die Mittelstufe (die Gerichtsverfassung der Normandie in der Mitte des 12ten Jahrhunderts) uns nicht hinlänglich bekannt ist, so zeigt sich allerdings ein Unterschied. Die Zwölfe repräsentiren dort eine richtende Gemeinde, hier eine zeugende Gemeinde. Aber es ist klar, daß jene Einrichtung in der Proceßordnung eines königlichen Gerichtshofes für das ganze Land nicht anders eingetragen werden konnte, als in der Form eines Beweismittels, eines Zeugnisses der Gemeinde, zumal da es an die Stelle eines anderen Beweismittels trat, des Gottesgerichtskampfes. Auf diese Weise erklärt sich die Bezeichnung der Geschwornen als Zeugen, welche in der alten Zeit allgemein üblich ist, der neueren veränderten Stellung derselben aber nicht mehr entspricht.

Nachtrag.

In G. Spence the equitable jurisdiction of the court of Chancery Vol. I. Lond. 1846 p. 128—132 ist in einer Zusatznote

aus einer Abhandlung von Starkie in Law Review Nr. IV. eine Uebersicht von der Ausbildung der Jury in Civilsachen gegeben. Ueber die Veränderung, daß die Geschwornen ursprünglich recognitors waren, also wie Zeugen aus eigner Wissenschaft zu sprechen hatten, nachmals dagegen auf evidence oder gerichtlich vorgelegte Beweismittel ihren Spruch gründeten, ist daselbst Folgendes bemerkt:

„In der Zeit Heinrichs III. kam das Verfahren von Recognitors, welche mit Zeugen zusammen in eine Jury vereinigt wurden, in Gebrauch. In dem Falle eines bestrittenen Vertrages wurden die bei demselben zugezogenen Zeugen vorgeladen, im Verein mit den Recognitors aus der Nachbarschaft die Frage zu prüfen. Wir finden ferner, daß in 23. Edu. III. die Zeugen den Recognitors oder der Jury in den Assisen beigegeben wurden, aber nicht als Mitglieder der Jury, und ohne Stimme bei dem Verdicte zu haben, nur um der Jury die Benutzung ihrer Nachweisungen zu verschaffen. Dieß ist die erste Spur von einer Jury, welche auf eine ihnen vorliegende evidence urtheilt, und es ist das verbindende Glied zwischen der alten und der modernen Jury. Eine andere Veränderung ist einige Zeit vor 11. Henr. IV. eingetreten, daß alle Beweismittel, welche die Jury bei ihrem Verdict berücksichtigen sollte, vor den Schranken des Gerichts und unter Leitung des Richters producirt werden mußten. Statt der früheren Controle von Seiten des Richters, woher die Geschwornen ihre eigne Kenntniß der Sache entnommen hatten, bildeten sich nunmehr die Regeln der Evidenz als Normen für die Geschwornen. Als Folgen dieser neuen Einrichtungen können wir ansehen: die mehr ausgedehnte Berufspflicht der Advokaten; das Wegfallen der attainte, weil die Geschwornen nicht mehr als Zeugen auf eignes Wissen, sondern als Richter nach vorliegenden Beweismitteln sprachen; die Einführung des new trial, um gegen einen unrichtigen Spruch der Jury eine Abhülfe zu haben; endlich die gänzliche Abschaffung von der Zuziehung Geschworner aus der Nachbarschaft, weil man einsah, daß ihre speciellere Kenntniß der Sache in Folge mitgebrachter Vorurtheile eher nachtheiligen als vortheilhaften Einfluß hatte."

Was in dieser sehr vorzüglichen Darstellung von den neuesten

Verhältnissen gesagt wird, sind bekannte Sachen, deren förmlicher Beweis nicht nothwendig war. Aber bei den ersten Spuren, daß die Jury anfieng, etwas Anderes als ihre eigne mitgebrachte Kenntniß der Sache bei dem Verdict zum Grunde zu legen, vermißt man eine genauere Angabe der Beweisstellen. Die erste Anführung aus der Zeit Heinrichs III. beruht auf Bracton fol. 38. 396 folg., und das Verfahren aus Urkunden war früher nach Glanvilla Lib. X. c. 12. etwas anders. Die Beziehung auf 23. Edu. III. ist nicht ein Parlamentsstatut dieses Jahres, sondern vermuthlich aus den Yearbooks entlehnt. Für die Hinweisung auf 11. Henr. IV. weiß ich ebenfalls keine Quelle anzugeben; in dem vorstehenden Aufsatze ist eine Nachweisung der umgebildeten Civiljury aus der Zeit Heinrichs VI. angeführt.

III.

Deutsches Gerichtsverfahren im 17. Jahrhundert.

Nachgewiesen aus den Verhandlungen und Entscheidungen der Gohgerichte und des Landgerichts des Amts Hoya

von

Dr. Heinrich Albert Oppermann,

Advokat in Hoya.

Wie einst die Weserbewohner unter Wittekind sich am hartnäckigsten gegen Karl den Großen und die Einführung des Zehnten, wie der christlichen Religion wehrten, so hat später das deutsche Recht und deutsches Gerichtsverfahren sich an der Weser viel länger und hartnäckiger gegen das Eindringen des Römischen Rechts und des heutigen Proceßrechts gewehrt, als man gewöhnlich annimmt.

Ich glaube in dem Folgenden Zeugniß liefern zu können, daß das echte Ding in der Grafschaft Hoya, wenigstens in dem Theile derselben, welcher das jetzige königl. Amt Hoya (mit etwa 20,000 Ew.) bildet, bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts, in ziemlich reiner Form fortbestanden hat. Es bestanden dort bis 165[illegible] wenigstens ordentliche öffentliche Gerichte, bei denen alle Hausgesessenen erscheinen mußten, um Recht zu geben und zu nehmen, und wurde bei diesen Land- oder Gohgerichten in der Regel nicht nach Römischem Recht, sondern meistens nach alten sächsischen Rechte Urtheil und Recht gefunden.

Ich bin überzeugt, daß, wenn man in den Registraturen der Hoyaischen Aemter Diepenau (jetzt 5685 Ew.), Ehrenburg (13,315 Ew.), Freudenberg (4317 Ew.), Harpstedt (5551 Ew.), Siedenburg (1802 Ew.), Stolzenau (13,679 Ew.), Syke (17,409 Ew.)

lichte (4476 Ew.), Bruchhausen (8734 Ew.), Nienburg (13,000 Ew.), Westen-Thedinghausen (11,115 Ew.) nachsuchte, man auf ähnliche Resultate stoßen würde, als ich sie hier mitzutheilen im Stande bin. Noch ausführlichere Quellen finden sich aber vielleicht in den Bremischen Marschen, in den Registraturen des königl. Amts Verden, des Gohgerichts Achim, da in Verden namentlich die Acten des Gohgerichts zu Dörverden, später zu Westen, vorhanden sein müssen.

Die Quellen, aus denen ich schöpfe, reichen leider nur wenige Jahre über die Zeit hinaus, wo der Stamm der Grafen von Hoya und Bruchhausen ausstarb, die Niedergrafschaft Hoya an den Herzog Wilhelm den Jüngeren zu Lüneburg, die Obergrafschaft an den Herzog Erich den Jüngeren zu Kalenberg, und Julius zu Wolfenbüttel fiel, was im J. 1582 geschah.

Zu diesen Quellen gehören hauptsächlich:

1) Des huses hoya clage und gefangen orfeide Register vam Jahre 1573—1581.

2) Die titellose Fortsetzung und Ergänzung dieses Buches von 1579—1587.

3) Das Erbregister des Hauses Hoya v. J. 1582.

4) Das Erbregister des Hauses und Amts Hoya 1583 errichtet.

5) Eine Menge Bände s. g. Gerichtsprotokolle, die von 1582 bis auf unsere Tage herabreichen.

6) Ein gegen Ende des vorigen Jahrhunderts von Amtmann Pälz gesammelter Band: Beiträge zum Hoyaischen Stadt- und Landrecht, in welchem sich Auszüge aus verschiedenen Land- und Gohgerichtsprotokollen finden, die leider später aus der Registratur abhanden gekommen und cassirt sind.

Das Resultat meiner Nachforschungen und Vermuthungen will ich zuförderst in kurzen Sätzen aussprechen, und mit den nöthigen Belegen aus den Quellen versehen. Ich habe dabei und bei den nachfolgenden Urtheilsbriefen zur Erleichterung des Lesens nur hie und da die Orthographie geändert, dann und wann ein plattdeutsches Wort, das sich unter die, sonst in hochdeutscher Sprache abgefaßten Quellen eingeschlichen hatte, übersetzt, sonst aber alle charakteristischen Wendungen des Styls beibehalten.

Während der Herrschaft der Grafen zur Hoya, d. h. bis zum Jahre 1582 scheint ein anderes Verfahren als ein mündliches und öffentliches, in welchem der Bürger und Bauer das Recht von seinem Genossen gesprochen bekam, nicht stattgefunden zu haben. Es gab **Bei-** oder **Gohgerichte** und ein höheres **Landgericht.** Letzterem wurden seit Anfang des 16. Jahrhunderts in wichtigen Sachen auf Verlangen der Urtheilsträger gelehrte und vornehme Personen beigeordnet. Die Gohgerichte waren zugleich Bruch- und Wrogengerichte. Von den gräflichen Statthaltern und Beamten am Hause Hoya wurde daneben nur eine Art freiwilliger Gerichtsbarkeit, eine gewisse beschränkte Polizei und Kriminaljurisdiction ausgeübt. Das Land- und das Gohgericht wurden jedoch im Namen der Grafen gehalten, und präsidirte demselben ein Beamter des Grafen.

Ich schließe dieß aus Folgendem:

Das Erbregister von 1582 enthält den Titel:

„Der Durchlauchtigste, Hochgeborene Fürst Herr Wilhelm der Jüngere, Herzog zu Braunschweig und Lüneburg, unser gnädigster Fürst und Herr, hat im Ambt Hoya allein, ohne einige Contradiction, die hohe und landesfürstliche Obrigkeit, und Jurisdiction, die Gerichte hohestes und siedest, oder wie mans im Ambte nennt, die Bei- und Untergerichte und das Landgericht, althergebrachten Gebrauch, Gewohnheiten und Gerechtigkeit, so weit und ferne als sich die Grenze und Schnede des Ambts Hoya erstreckt."

Hier ist offenbar das Landgericht als das höchste, die Bei- oder Gohgerichte als Niedergerichte bezeichnet.

Sodann enthält dieß Erbregister aber nachstehende Notiz, welche in das Erbregister von 1583 pag. 96 wörtlich wieder aufgenommen ist:

„Die Landgerichte werden des Jahrs etzliche Male, nachdem es die Nothdurft und Gelegenheit der Sachen und Parteien erfordert, gehalten, und sind bisher die Siebenmeyer[1]) als

1) Es gibt im Amte Hoya sechs große Bauernhöfe, welche Sieben-

Beisitzer erfordert. Wofern auch wichtige Sachen vorfallen, die den Beamten und gemeinen Bauersleuten zu hoch, hat die Obrigkeit allemal auf unterthänigstes Ansuchen, etzliche vornehme Gelehrte und erfahrene Personen, entweder der Landsassen oder Hofdiener, auch wohl aus den Städten und Flecken zugeordnet. Bei Graf Ottens seeligen Gedächtniß, ist Otto Diedrichs zum Landrichter verordnet gewesen, der auch allenthalben den Gerichten beigewohnt hat."

„Die Beigerichte im Amte Hoya, werden zu Hoya, Gandesbergen, Bücken, Wismelohe, jetzo dicitur Holsten, so oft die Nothdurft es erfordert und dem Amte gelegen, angesagt und gehalten [2]). Was daselbst nicht kann verrichtet und

meierhöfe, und ihre Inhaber Siebenmeier genannt werden, welche ursprünglich von der Dekanei in Bücken abhiengen. Dieselben schreiben ihre Rechte und Privilegien aus einer Urkunde v. J. 1163 her, welche indeß wahrscheinlich unecht ist, da es damals in Deutschland noch kein Papier *), auch keine Gulden Kayser-Münze gab, die darin erwähnt werden. Dieß ist wenigstens die Ansicht des höchsten Tribunals in Celle, welche am 4. März 1739 gegen die Siebenmeier, welche omnimodam immunitatem behaupteten, und ihre Güter in die Landesmatrikel verzeichnet haben wollten, entschieden. Puffendorf, Observ. Tom. II. p. 568. Die Siebenmeier behaupten dagegen noch jetzt eine Art Gutsherrn-Freiheit, haben Fischereigerechtigkeit im Amte Hoya und Jagd, letztere jedoch nur mit Windhunden und spanischem Rohr (eine merkwürdige Entscheidung des höchsten Gerichts hat nämlich herausgebracht, daß Jagd mit „Winden und Rohr", nicht mit Schießgewehr, sondern mit spanischem Rohr bedeute). Das Volk pflegt, wenn man es nach dem 7. Siebenmeier frägt, zu sagen, dieß sei der König, eine Redensart ohne Bedeutung. Die Siebenmeier müssen noch gegenwärtig bei peinlichen Halsgerichten zugegen sein.

2) Außer diesen vier Gohgerichten gab es früher auch ein Hoyaisches Gericht zu Dörverden, das jedoch durch Vergleich von 1575 dem Bischof von Verden abgetreten wurde. Das Erbregister enthält darüber nachstehende Notiz:

„Das Gericht zu Dörverden ist hierbevor von Alters her nicht von dem Herrn Bischoff zu Verden, sondern von den Grafen

*) Baumwollenpapier wohl, nur nicht Linnenpapier; jenes kommt schon bei Urkunden des 11. Jahrhunderts vor. R.

entschieden werden, solches wird verschoben zu den Landgerichten. Und wird von den Erkenntnissen ferner provocirt an unsern gnädigen Fürsten und Herrn."

Eine von anderer Hand geschriebene Bemerkung, nach der Handschrift etwa vom Jahre 1620, besagt: „Itzo wird es damit gehalten, daß die vier Goh- oder Untergerichte des Jahrs zwei- oder dreimal vorerst, dann das Landgericht angesagt wird."

In den Erbregistern von 1583 findet sich noch nachstehende Seitenbemerkung zu dem Worte Gohgericht: „Im Anfange des Saeculi 2 oder 3 mal, seit 1666 aber fast niemals, alle Errungen aber warten aufs Landgericht."

Außerdem spricht dafür, daß zu Zeiten der Grafen andere Gerichte als Goh- und Landgerichte nicht bestanden, der Umstand, daß in den s. g. Klagregistern von 1573 bis 1581, welche ich mit Sorgfalt durchgesehen habe, sich nicht eine Spur von einem Erkenntnisse oder Bescheide findet, während doch die kleinste Gefängnißstrafe, wozu ein Verbrecher verurtheilt, sodann Schuldverschrei-

---

zur Hoya und den Erben daselbst zu Dörverden gehalten worden, und berichten die Alten, daß die Grafen und Erben den Herrn Bischoff zu Verden im Gericht nicht haben wissen wollen, und wann sich S. F. G. oder derselben Räthe und Diener niedergesetzt, haben der Graf und die Erben sie wieder aufstehen heißen. Herr Heinrich Behre soll das letzte Gericht wegen der Grafen, neben den Erben gehalten haben, wie man berichtet wird. Im Vertrage von 1575 hat sich der Bischoff mit Graf Ottens löblicher Gedächtniß verglichen, daß der Bischoff das Gericht zu Dörverden hohest und siedest haben soll, und Alle zu solchem Gericht gehen, Alle die von Altersher dazu gegangen sind. Wo aber der Graf zu Hoya und die Geschlechter vom Adel vermeinen, daß sie das Bürgerlich oder Untergericht zu Dörverden von Alterher gehabt, so sollen sie solches mit Recht suchen und auffüren."

„Die Unterthanen des Amts Hoya, so ins Gericht zu Dörverden gehören, als die Diensthöper, Boyer, und Andere, geben aber den Bruch wegen den Exceß nach dem Hause Hoya, wie es noch im vorigen Jahre geschehen, unangesehen was die Verdischen dagegen sagen." Man vergleiche Puffendorf, Observ. T. II. p. 222.

bungen, Ehestiftungen, Vergleiche und Verträge in denselben verzeichnet sind.

Wenn oben gesagt ist, es werde von den Erkenntnissen an den Fürsten provocirt, so gilt dieß nur von der Zeit, wo das Haus Hoya schon an Lüneburg gefallen war.

Seit dem Jahre 1582 übte aber das Amt Hoya selbst neben den Goh- und Landgerichten eine nicht öffentliche und nur protokollarisch mündliche Jurisdiction aus, welche sich immer mehr ausdehnte, und bis zum Jahre 1660 etwa das öffentliche und mündliche Verfahren der Goh- und Landgerichte gänzlich verschlang, und dieselben in bloße Bruch- und Wrogengerichte umwandelte.

Wenn man die alten Amtsordnungen durchsieht, so sollte man gar nicht glauben, daß an eine Justizbehörde dabei gedacht, und für dieselbe Platz übergeblieben sei. Man meint vielmehr es lediglich mit der Einrichtung eines großen Meierhaushalts zu thun zu haben. Auch die Verordnungen und Revisionen der Hausordnung vom 22. Oct. 1618, 15. Mai 1658, 26. April 1667 enthalten keine Vorschriften in Beziehung auf Ausübung der Jurisdiction, wie man solche kaum noch in der Amtsordnung von 1674 findet.

Dennoch übertrug sich wahrscheinlich die bei anderen fürstlichen Aemtern schon gebräuchliche Jurisdiction auch auf das neu erworbene Haus Hoya, und da Niemand gezwungen war, bei dem Amte Recht zu suchen, sondern die Ankündigung der Goh- und Landgerichte abwarten konnte, so erschien es als eine Erleichterung, wenn man auch außer der Zeit der Landgerichte bei dem Amte selbst Recht finden konnte. Sehr aufgesucht scheint aber diese Art der Amtsjurisdiction Anfangs nicht gewesen zu sein, auch scheint das Amt mehr die Güte versucht, und Vergleiche gestiftet, als auf Proceßwegen gehandelt zu haben. Der Ausdruck Klage, Proceß u. s. w. kommt niemals vor, es wird vielmehr nur von Irrungen und Mißverstand gesprochen, und heißt es dann zum Schluß:

„und ist also im Beisein der fürstlichen Räthe und Diener verhandelt, verglichen und vertragen, als Arndt von Hohnstedt Marschalk, Johann von Ahlden Droste und Johann von Weyhe (Rentmeister, der frühere Beamte des Grafen von Hoya) am Haus Hoya den 28. Sept. 1583."

Diese Amtsjurisdiction gibt sich durch folgende Ankündigungen kund:

„Ankündigung am 22. Oct. A. 1582 wegen der Verhörstage in der Woche am Hause Hoya verordnet.“

„Montag, Mittwoch, Freitag und Sonnabend uff dieselben Tage soll ein jeder am Hause gehen und sonderlich am Sonnabend den streitigen Partheien in folgender Woche ein Tag zum Verhör angesetzt werden. An andern Tagen als Dienstag und Donnerstag werden andere Ambtssachen auch gebührende Besichtigungen vorgenommen.“

„Wer zu klagen hat soll am Dienstag und Freitag erscheinen, es wären denn eilige Sachen. Wer unbegründete und muthwillige Klage vorbringt, soll mit Gefängniß bestraft werden.“ Haus Hoya den 30. März 1595.

„Wer zu klagen hat soll am Sonnabend erscheinen und sein Gegentheil auf einen der nächsten Tage vorladen lassen.“ Befehl vom 27. Nov. 1600.

Aehnliche Befehle wiederholen sich am 7. Nov. 1601, 21. April 1620; daneben die Befehle, daß die Parteien nüchtern vor die Amtsstube kommen sollen.

Auf welche Weise vom Hause Hoya die Jurisdiction ausgeübt wurde, mag aus einigen Beispielen erhellen:

In Sachen Albert Harde c. Claus Holsten ist beschieden: nachdem Albert Harden dem Claus ein Stück Landes drei Jahre eingeräumt, und dieser auch das Land drei Jahr gehabt und gebraucht, ist Claus mit seiner unbefugten Klage abgewiesen.

Daß aber Claus fordere, daß er dieses Stück Landes nur zwei Jahr gebraucht und Albert Hardes Vieh im dritten Jahre das Gras so darauf gewachsen abgeführt und zu nichte gemacht, wofern Claus solches bewiese, soll Harde dem Claus nach Billigkeit Erstattung thun.

Hoya den 3. Febr. 1583.

In den Irrungen zwischen Heinrich Hustedt Kläger und Hans Hoyer Haubtmann andern Theils, Belangende 35 rth. damit der Haubtmann ihme Hustedt verhaftet worden ist und dieselben seiner Anzeige nach ihm angeboten, aber als er dieses aus Ursach, daß es alleine schlechte und nicht alte Thaler wären nicht annehmen wollen, bei Hausvoigten deponirt hat, erkennen die fürstlich lüneburgschen Statthalter nach Verhör und Befindung der Sachen hiemit zu Recht, daß der Haubtmann schuldig ist, Hustedten

nochmals der 35 Rthlr. zu befriedigen. Wie auch der Hausvoigt ihm dem Haubtmann zu dem Gelde, welches er bei ihm an statt der 35 Thaler zu getreuen Händen deponirt hat, billig stehet und antwortet, er beweise dann, daß er mit seinem des Hauptmanns Wissen und Willen weiter an sich gethan. Von Rechtswegen, Hoya Signatum unter Stadthalter und Räthen Pittschaften, am 6. Aprilis An. 1583.

In Sachen Herrn Ahlers c. Michael Schumacher rechtlicher Schuldforderung halber, ist Bescheid, daß H. Ahlers M. Schumachern alle Jahr für sein Kind zu erziehende geben soll 4 Rthlr. Und wenn dann Ahlers den Schumacher hinwiederum zu besprechen hat, dazu soll ihm Schumacher zu antworten schuldig sein. Hoya den 5. Febr. 1585.

Es finden sich aber am Ende des sechzehnten und Anfang des siebzehnten Jahrhunderts höchstens 10 bis 25 Entscheidungen des Amts eingetragen, während vor den Goh- und Landgerichten an einem Tage mehr abgegeben wurden.

Ueber das Verhältniß der Amtsjurisdiction zu den Land- und Gohgerichten habe ich etwas Genaues nicht ermitteln können. Nur so viel steht fest, daß die Goh- und Landgerichte dem Amte nicht untergeordnet waren; vielmehr scheinen beide Hand in Hand gegangen zu sein, und sich wechselseits ergänzt zu haben.

Wurden bei dem Amte Sachen anhängig gemacht, die auf Herkommen oder sonst auf Verfassung Bezug hatten, so wurden dieselben nicht selten zum Erkenntniße des Goh- oder auch des Landgerichts ausgesetzt.

Amtsgerichtsprotokoll vom 2. Oct. 1660, in Sachen Peper Meier c. Heinrich Meyer: steht auf Erkenntniß des Gohgerichts.

Amtsprotokoll vom 24. Sept. 1661 Bescheid: daß die Haßler bei ihrem Besitz und Genuß der Eckern bleiben sollen, bis bei der Besichtigung und anderer gehörender Kundschaft ein anderes erkannt werde und ist die Sache der Gohe übertragen.

Dagegen werden andere Sachen, die eine weitere Instruction erforderten, bei denen Zeugniß annoch abzulegen oder sonst Beweis zu führen war, vom Goh- und Landgericht an das Amt verwiesen.

Gohgerichtsprotokoll vom 15. Mai 1648, in Sachen Peter Bilter c. Johann Burdorf: ist zum Beweis ans Amt verwiesen.

Protokoll von demselben Tage.

Meineck Dickhoff c. Ehler Kraken: sollen beiderseits Zeugniß ans Amt bringen.

Von demselben Tage in Sachen Meyer c. Meyer:

Sollen Zeugen vorschlagen und am Amte gehört werden.

Protokoll vom 26. Juni 1651:

Sollen allerseits ihre Sachen schriftlich einbringen und gutlicher oder rechtlicher Decision vom Amte gewärtig sein.

Es kommt aber auch ein Fall vor, wo eine Art Instanzenzug vom Amte an das Landgericht ging, wo wenigstens ein Amtserkenntniß vom Landgerichte reformirt wurde.

Landgerichtsprotokoll vom 26. Juni 1652:

Renig zum Hingst cont. Theophilum Frese. Weil Renig zum Hingst vom Beklagten wegen eines Pferdekaufs, etzliche Gelder so davon restirten, besprochen, und vor diesem Amtshalber auferlegt, die Zahlung mit Zeugen zu beweisen, oder mit einem Eide zu bekräftigen, hat er jetzo dem Lande die Sache vortragen lassen.

Darauf eingebracht:

Weil Renig beständig berichtet, daß er bezahlt, auch wegen eines Pferdes das von Kriegern geraubt gefanglich eingezogen, bis er zahlt, als wäre nicht Herkommens, daß man Quittung darauf nähme, oder einen andern Beweis beibrächte, wollten auch nicht gern, daß bei solchen Geschichten, da Kauf und Verkauf vorginge, und ein Jeder zahlte, eben Quittung zu nehmen schuldig sein sollte sondern kennten Renig als einen ehrlichen Mann was er redete wahr zu sein, und deswegen unnöthig einen Eid abzulegen.

Ist darauf absolvirt.

Die Goh- wie Landgerichte wurden von Seiten des Amts Hoya zuvor angekündigt.

„Am künftigen Dienstag soll das Wismerloh Gohgericht zu Eyter dorf in Heinrich Pranz Behausung gehalten werden, und sich darauf ein jeder Hauswirth selbst einstellen soll bei Straf 3 fl.

Hoya den 14. Jan. 1632.

Am künftigen Mittwoch soll das Gohgericht der Hämelheide zu Eystropf (Eistrup) gehalten werden, weswegen ein jeglicher Hauswirth hiemit ernstlich und bei Straf 3 fl. ermahnt wird sich daselbst Morgens 8 Uhr in der Person einzustellen.

Hoya den 21. Jan. 1632.

Derweil man Vorhabens ist die Gohgerichte noch für Johannistag

gunts Gott zu halten, und gleichfalls das Landgericht, so sollen die Unterthanen und Gohleute sonderlich die das Gericht zu thuende haben, bei Haus bleiben und sich mit Herrendiensten oder dergleichen Hinderung nicht entschuldigen, oder gehört werden, sondern wann an jedem Orte und Gericht dasselbe angesetzt wird, alsdann soll ein jeder Goh- und Gerichtsmann und alle so das Gericht zu Thuende haben gehorsamstlich erscheinen, bei Bruch 5 fl. danach sich ein Jeder zu richten.

Hoya den 10. Juny 1596.

Auf ähnliche Weise wurde das Landgericht, welches immer in Hoya und in der Regel im Freien, in einem unten zu erwähnenden Falle aber auch im Hause eines früheren Beamten, des von der Weyhe, abgehalten wurde, ausgeschrieben und durch Publication auf den Kirchhöfen zur Kunde des Publikums gebracht.

Wer bei dem Landgericht Klage anbringen wollte, mußte vorher seinen Namen und den der Gegenpartei beim Amte anzeigen, und erging dann, damit man der Gegenwart des Beklagten gewiß war, eine besondere Ladung an diesen. Gegen den Nichterscheinenden wurde in contumaciam erkannt.

So heißt es in einer Ankündigung d. d. 20. März 1596:

Das Landgericht wird wills Gott am künftigen Freitage nach Mariä Verkündigung, ist den 26. Martii, gehalten werden. Darum sollen auf denselben Tag alle Unterthanen, so zu selben Gericht gehen, daselbst Recht geben und Recht nehmen, und am selben Ihre Verwirkung und Antwort haben, (oder sonst) zu schaffen haben mögten, zur rechter und früher Zeit Tages erscheinen, bei Strafe 3 fl. und ein Jeder auch Briefe und desgleichen bei sich haben, damit er vermeint was zu beweisen.

Es erschienen die Gerichtsleute, sonderlich die Beklagten und Verbrecher nicht, soll gleichwohl auf Klag und Vorbringen des Erscheinenden ergehen was Recht ist, und Niemand ohne erhebliche Ursachen folgends danach am Hause Hoya gehört werden.

In einer anderen Ladung heißt es:

Zu wissen daß auf gnädigen Empfang fürstlicher Befehlich das Landgericht zu Hoya soll den Donnerstag nach Lichtmeß, welches ist der 3. Febr., am Hause Hoya gehalten werden. Welche nun für solchen Gericht zu handlen und fordern haben, oder desselben Erkenntniß begehren, sollen sich inmittelst bei den Beamten angeben und ihr Gegentheil verzeichnen lassen.

Auch sollen alle Unterthanen so zu solchen Gericht gehören auf bestimmten Tag früh Morgens 6 Glockenschläge erscheinen, bei Bruch 5 fl. Dieselben so ihre Gutsherrn und Andere, so ihnen dabei nöthig und dienlich, bei den Gericht und Erkenntniß haben wollen, sollen in der Zeit dieselben suchen, da nach ergangener Urtheil niemand wird gehört werden.

Hoya am 5 Januar 1597. —

Ferner:

Am künftigen Donnerstag nach Viti, ist der 16te Juni, soll vermittelst göttlicher Verleihung das Hoyaiste Landgericht gehalten werden, darum sollen am selbigen Tage alle Unterthanen und Gerichtsleute, auch alle so der gerichtlichen Erkenntniß vernöthen und zu gewärtigen haben, am Hause Hoya bei Bruch 10 fl. erscheinen. Und soll ein Jeder seine schriftlichen Urkunden und Documente, auch lebendige Zeugen, damit sie ihr Recht zu beweisen vermegen, mit sich bringen.

Danach sich ein Jeder zu richten.

Hoya den 2 Juni 1597.

Ich theile noch einige dieser Ladungen mit, da dieselben zugleich einige Auskunft über das gerichtliche Verfahren geben und ich mich künftig darauf beziehen kann.

Am künftigen Donnerstage nach Quasimodo geniti, wird sein der 3. April, wird das gewöhnliche Landgericht am Hause Hoya gehalten werden. Deswegen sollen alle Gerichtsleute und die so des Gerichts zu thuend haben, zur frühen Tageszeit am Hause Hoya erscheinen und Gehör und billigmäßigen Bescheids oder Gerichtlicher Erkenntniß gewärtig sein. Wonach sich ein jeder zu richten.

Hoya am 28 Mart. 1600.

In der andern Woche, vermittelst Göttlicher Hülf, wird das gewöhnliche Landgericht am Hause Hoya, auf einen Tag der folgenden soll werden nahmhaft gemacht werden, gehegt und gehalten werden. Deswegen sollen diejenigen, so andere zu besprechen vermeinen, innerhalb dieser 8 Tage sich am Hause Hoya angeben und ihrer und des Gegentheils Namen verzeichnen lassen, damit Alle dieselbe so damit zuthuende haben, in der Zeit beschieden, Ihre documenta, Brieffe oder lebendige Zeugen bei der Hand haben und vorkommens Eins gegen Anderes gehört und des gerichtlichen Erkenntniß gegenwärtig sein mögen. Danach hat sich ein jeder zu richten, daß wer sich in der Zeit nicht angibt, soll danach auch nicht gehört, sondern abgewiesen werden.

Hoya den 12 Oct. 1600.

Am künftigen Donnerstage oder Freitage soll vermittelst Göttlicher Hülfe am Hause Hoya das gewöhnliche Landgericht gehalten werden. Deswegen sollen alle Gerichtsleute am selbigen Tage des Morgens um 6 Uhr bei Bruch einer Tonne Herings am Hause Hoya erscheinen, und die Parthejen, so des Gerichts vernöthen haben, sollen sich mit Klage und Antwort, Zeugen, Documenten oder Beweisen gegen die Zeit gefaßt machen. Wonach sich ein jeder zu richten.

Hoya am 21 Aprl. 1601.

Gehen wir zum Gericht selbst über, so wurden sowohl die Beigerichte als das Landgericht im Namen der Grafen von Hoya, später der Fürsten gehalten. Es präsidirte bei den Landgerichten entweder der erste Beamte am Hause Hoya, oder ein vom Fürsten dazu besonders committirter Herr, sehr häufig auch der Landdrost der ganzen Grafschaft, mochte er zu Nienburg oder an einem andern Orte sein Domicil haben, in Beisein des ersten Beamten, welcher letzterer ein kurzes Protokoll über die Verhandlungen aufnahm und das Urtheil der Gohe niederschrieb. So wird der Landdrost von Hohnstedt, der Landdrost Hans Adam von Hammerstein und Amtmann Drebber, Landdrost Jost Classer v. Klenke erwähnt. Wahrscheinlich reisten die Landdrosten nach Art der englischen Richter zur Zeit der Land- und Gohgerichte in der Grafschaft herum und präsidirten denselben bei den verschiedenen Aemtern. Denn auch bei dem Gohgericht wird der Anwesenheit der Landdrosten erwähnt.

Actum d. 21 Juny 1653

Nom Ser. Illustr. unseres gnedigen Fürsten und Herrn in dem Hofe zu Mahlen das Gohgericht vom Hr. Landdrosten Jost Classer Klenke, Beiseins des Herrn Amtmanns folgendermaaßen abgehalten ꝛc.

Beisitzer der Landgerichte, Assessores, waren Bürgermeister und Rath der beiden Flecken Hoya und Bücken, ferner die sechs Siebenmeyer des Amts. Ob dieselben auch bei den Gohgerichten sämmtlich erscheinen mußten, erhellt nicht. Wahrscheinlich wurden zu der Hoyaer Gohe: Bürgermeister und Rath von Hoya und der Siebenmeier zu Mehringen; zu der Bücker Gohe: Bürgermeister und Rath von Bücken, wie die Siebenmeier zu Essen und Stendern; zu der Holster Gohe: die Siebenmeier zu Würden und Magelsen; zu der Hämelheider Gohe: der Siebenmeier zu Mahlen beigezogen, wie denn in späteren Zeiten die

Gohgerichte der Wismerloher und Hämelheider Gohe regelmäßig auf dem Siebenmeierhofe zu Würden und Mahlen abgehalten wurden.

Die Beisitzer instruirten die Sache, stellten Fragen an die Parteien, legten den Urtheilsträgern vor, was die Parteien eigentlich wollten, und über welche Rechtsfragen hier eigentlich zu entscheiden sei.

Auch gaben sie Auskunft über alte Rechte und Gewohnheiten, declarirten das Urtheil der Gohe, wo dieses nöthig war und übten ein Protestationsrecht aus. Von welcher Wirkung eine solche Protestation war, erhellt nicht genau. Sehr wahrscheinlich wurde, wenn die Beisitzer Widerspruch gegen das Urtheil der Gohe eingebracht, die Sache bis zum nächsten Gericht ausgesetzt, und dann nochmals zum Urtheil verstellt. Daß dieser Widerspruch aber von Wirkung, beweisen die unten Nr. 62 und 63 mitgetheilten Fälle, wo von einer besondern Approbation des Urtheils durch die Beisitzer die Rede ist. Erst in späterer Zeit, als die Amtsjurisdiction schon das Uebergewicht hatte, wurde in einem solchen Falle, dessen wir unten Erwähnung thun, die Sache an's Amt verwiesen. Das geschah am 16. Juni 1651.

Ich führe von der Art und Weise, wie die Beisitzer zu protestiren pflegten, ein Beispiel an.

Protokoll des Landgerichts vom 30 Oct. 1645. Dietrich und Garbert Gebrüder Precht und Cons. cont. Armgart Kochen zu Hova.

Kläger in ehelicher Vormundschaft Ihrer Frauen zeigen an, daß Ulrichen Kochen als ihrer Hausfrauen Großvater Erbschaft durch dessen Sohn Friedrich Kochen Todesfall auf ihre Hausfrauen als rechte Erbinnen verstammet, vom Beklagten aber unrechtmäßiger Weise ihnen entzogen und als eine Halbschwester in possession genommen, bitten zu erkennen, daß ihnen die Güter gebührlich abgetreten werden.

Beklagtin sagt: Klägers Frauen sel. Mutter wäre halb, sie aber Fried. Kochens volle Schwester gewesen, daher sie billig die nächste Erbin. Ueber das wäre ihre Halbschwester von ihrem Vater Ulrichen Kochen ausgesteuert und gänzlich abgetheilt, darauf auch schriftliche Verlassung geschehen, so sie produciren könne.

Hierauf ist eine Verlassung von Annen Kochen, Meuken Bergmanns Hausfrauen, von Hr. Ruprecht Hacken, Hr. Christoph Bomgarten und Diet. Schimmelmeyer versiegelt und unterschrieben vorgezeigt, worin zu ewigen Zeiten sie sich aller Ansprache ihres elterlichen

Gutes verzichtet und ihrem Halbbruder und Schwester gänzlich übergiebt und abtritt.

Darauf gefragt:

ob der Verzicht bündig und wer der nächste Erbe zu sel. Friederichen Güter sei?

Eingebracht:

Der Verzicht sei zwar bündig, die Erbschaft aber müßten die Kinder beider Ehen erben und theilen.

Ist zum andern mal die Umfrage darauf angestellt und blieben die Gohleute beim vorigen Urtheil.

Beklagtin protestirt von der Parteilichkeit und appellirt an fürstliche Canzley.

Actum den 31 Oct.

Ist Herr Bürgermeister von Bücken Namens Habert von Collen nebst seinen andern Mitherren Christoffer Meier und Diet. Schmidt fürm Ampt erschienen, und hat Hr. Bürgermeister gegen gesprochenes und eingebrachtes Urtheil in dieser Sache Dietrich Precht c. Armgart Kochen protestirt de nullitate, vorgebend die Bauers und Goheleute wären nicht allesampt bei der Hand gewesen, auch verständen sie vielleicht nicht eigentlich was ein Verzicht wäre, und weil solches ihnen nicht könne recht erklärt werden, hätten sie aus Unwissenheit ein unrecht Urtheil gesprochen, müßte also als ein Beisitzer nothwendig es andeuten, damit dem Landgerichte hiedurch nicht despect hernach widerfahre. Vermeint seine Nebenbeisitzer würden gleichfalls hernach auch gegen das Urtheil protestiren.

Actum den 31 Octobris.

Gleiches falls protestirt der Bürgermeister des Flekens Hoya Namens Heinrich Precht gegen dies eingebrachte Urtheil in causa etc. berichtet es wäre dasselbe wider das natürliche, beschriebene Recht, wider altes Herkommen und Gewohnheit, ja es liefe wider kurz zuvor ausgesprochenes Urtheil ꝛc. einsten entweder die Urtheilsträger es nicht recht verstanden haben, oder den Leuten nicht recht fürgebracht oder vorbringen können, daß also ein unrechtes Urtheil zur Verkleinerung des Landgerichts zu Papier gebracht, könnte also als ein Beisitzer wegen des Fleckens Hoya nicht verschweigen, damit ihrer habenden Gerechtigkeit und Respect ein Gericht etwas Verweißliches hernach nicht vorgeworfen wird, vermeint andere Beisitzer würden gleichfalls auch protestiren.

Actum den 1 Nov.

Klägers Anwalt Eberhard Quade reprotestirt gegen Bürgermeister und Rath beider Flecken Hoya und Bücken Protestation und daß

sie im Gerichte zu Beisitzern und nicht Richtern verordnet, daher ihnen nicht gebührete, solche unziemende Protestation vorzubringen, wäre wider üblich Gebrauch und alt Herkommen, wollte auf nächst Landgericht der Gohe selbiges klagend vorzubringen sich vorbehalten haben, demnächst auch dienstlichst bitten, diese unnöthige Protestation ad actis (acta) ins Künftige nicht beizufügen. Dieß wird abgeschlagen.

Auf dem nächsten Landgericht ist jedoch die Klage gegen die Beisitzer nicht vorgebracht, und leidet ihre Berechtigung zur Protestation wohl keinen Zweifel, da sie öfter vorkam.

Wie es wurde, wenn, wie in dem eben angeführten Fall, die Partei das Rechtsmittel der Appellation interponirte, während die Beisitzer zugleich protestirten, erhellt leider nicht.

Das Urtheil selbst wurde aber gesprochen von Gohleuten oder Urtheilsträgern, auch das Gericht zu Thuende oder Achtsleute genannt, welche frei aus dem Volke („gemeine Bürgers und Bauerleute") gewählt wurden. Ueber den Wahlmodus erhellt nichts; doch ist es wohl nicht zweifelhaft, daß jeder Stellwirth wahlberechtigt war und die Mehrzahl der Stimmen entschied. Ob die Wahlen jedesmal nach Ankündigung der Land- und Gohgerichte vorgenommen wurden, oder ob sie alle ein oder zwei Jahre geschehen, ist nicht deutlich; doch ist nach dem Protokolle vom 24. Oct. 1643, das ich gleich mittheile, wahrscheinlich, daß vor jedem Landgericht neue Urtheilsträger gewählt wurden. Wenigstens schrieb um diese Zeit schon das Amt aus, daß neue Urtheilsträger gewählt werden sollten. So ist es mir auch nicht klar, ob etwa die Gohleute, welche in den Gohgerichten Urtheilsträger waren, nun bei den Landgerichten nur zusammentraten, oder ob für die Landgerichte besondere Urtheilsträger gewählt wurden. Soviel ist gewiß, daß die Zusammensetzung der Urtheilsträger des Landgerichts nach Gohdistriften geschah. Unter den verschiedenen zu den einzelnen Gohgerichten gehörenden Ortschaften scheint eine Wechselwahl stattgefunden zu haben: denn bald sehen wir in der Hämelheider Gohe Leute aus Eistrup, welche das Gericht zu thuende haben, bald Leute aus Gandesbergen, bald Hasberger oder Hämelhäuser. Auch über die Anzahl der Urtheilsträger läßt sich mit Bestimmtheit nichts sagen.

Es könnte uns das nachfolgende Protokoll verführen, anzunehmen, daß die Zahl der Urtheilsträger vier gewesen.

Landgerichtsprotokoll vom 22 Jul. 1593: Sind am Hause Hoya vor gehaltenem Landgericht erschienen die Bauerschaft Wienbergen und Hilgermissen, Klager, wider Aleken Clausings, und haben um ein Urtheil und Erkenntniß der vier Gohleute gebeten auf folgende Frage:

Wann Leute so die freie Holzung haben, ob nicht denselben zu genießen was unter den Baum und rund um vom Baume falle, so weit die Druppe (die Tropfen) fallen?

u. s. w.

Allein aus andern Gerichtsprotokollen steht fest, daß die Anzahl der Gohleute viel größer war, und ist der Ausdruck „vier Gohleute" wohl nur uneigentlich für die Leute der vier Gohen zu nehmen.

In der Regel wählte Hoya 2 Urtheilsträger, Bücken 2, die Außenlande oder die beiden übrigen Gohen vier, auch sechs.

Actum 1643 am 24 Octob.

Ist auf öffentliche vorhergehende Proclamation das Landgericht allhier in sel. Affen von der Weyhe Behausung gebührlich geheget, auch auf das Land ausgeschrieben etzliche Urtheilträger und Procuratoren vorzustellen. Der Flecken Hoya hat vorgeschlagen:

Harm Cramer und Ernst Koch.

Der Flecken Bückheim

Harm Burdorf.

Außenlande:

Heinrich Meier und Johann Brockmann.

Brünig Müller von Hegendorf.

Albert bei der Haff.

Dietrich Meyer von Magelsen.

In Hasperken (Haßbergen) sind gewählt:

Johann Rabbe und Eberhard Graffe.

Ein anderes Protokoll lautet:

Actum Hoya den 1 Decbr. an. 1646.

Nomine Illustr. Rever. Serenissimi

Friedrichen, Hertzogen zu Braunschweig und Lüneburg, zur Hoyen ein öffentlich Landgericht angestellt und gehalten worden. Präsident Herr Landdrost Hans Adam von Hammerstein, Amtmann Drebber, Hr. Syndicus N. N. (der Name ist unleserlich) Bürgermeister und Rath beider Flecken Hoya und Bücken, Siebenmeier zu Stendern, Meringen und Magelsen Assessores.

Achtsleute und Urtheilträger:
Wechold: Albert Bormann.
Magelsen: Dienks Meyer Radeken.
Hoya: Herrmann Kemmer und Johann Küster.
Bücken: Harm Burdorf und Casten Schlüter.
Hämelheide: Heinrich Meyer und Johann Brockmann.

Procuratoren:
Eberhard (Graffe?) und Johann Rabbe.

Auf vorhergegangene Erinner- und Hegung des Gerichts Friedrich aufm Stühr Kläger cont. die sämmtlichen Cuelken-Vorstler u. s. w. —

Außer den bei unserm Proceßverfahren üblichen Subjekten des Processes, kommt hier aber noch eine neue Person hinzu: das Publikum, und dieses wurde herbeigezwungen.

Damit nämlich Herkommen, gute Gewohnheit und Recht dem Volke im Gedächtniß bleibe, damit ein Jeder fähig sei, seinen Genossen Recht zu geben, wie er von seinen Genossen Recht empfangen mußte, war befohlen, daß jeder Hauswirth, oder wie es sonst wohl heißt, die „alten hausgesessenen Leute," bei dem Goh- und Landgericht bei Strafe zugegen sein mußten.

Nicht blos die so das Gericht zu thuende, die Urtheilsträger, die Procuratoren, die Zeugen, Sachverständige mußten bei Bruch von 3 fl. bis 10 fl. erscheinen, sondern jeder Hauswirth.

Es geht dieß nicht nur aus beinahe jeder Ankündigung der Goh- oder Landgerichte hervor, sondern da gegen die Mitte des 17. Jahrhunderts (wahrscheinlich weil die Amtsjurisdiction den Landgerichten Schaden that und dieselben mehr und mehr in Abnahme brachte) auch die Theilnahme des Publikums erschlaffte und die Landleute sich spärlicher bei den Gerichten einstellten, so wurden die Urtheilsträger befragt, was eigentlich Herkommens sei.

Landgerichtsprotokoll vom 5ten Juny 1650.

Erstlich der Umstand befragt, wann etwa Vorspraken, Urtheilsträger oder sonsten Jemand zur Bestellung des Gerichts, welchen man tüchtig erkennt, an das Gericht erfordert, ob derselbe nicht schuldig sei, ohne Weigerung Folge zu leisten und was die Strafe sei. — Ebenmäßig weil verspüret, daß die alten haußgesessenen Männer sich des Gerichts eusern (entäußern, enthalten), ob selbige nicht ebenmäßig Strafe bar?

Die Urtheilsträger eingebracht:

Wenn Jemand gefordert und nicht parirt, wäre schuldig nach der Herrn Ermäßigung Strafe zu geben; imgleichen wäre Herkommens, daß ein jeder Hauswirth sich in Person dem Gerichte sistiren oder Strafe gewärtig sein müsse.

Das Publikum wurde mit dem Ausdruck „das Gohe" bezeichnet, denn es ist wohl nicht anzunehmen, daß in dem folgenden Falle die Urtheilsträger gemeint seien.

Protokoll vom 24. Oct. 1643.

Das Gohe gefragt, was dieselbe so aus gehegten und gespannten Gericht unerlaubt gehen und sich zum Gesoff sezten?

Es bleibe billig bei der gesetzten Strafe, allein bittet das Gohe, daß es doch wegen der jezigen Zeit und weil es kalt sei, mit Gnaden möge gestraft werden.

Das Protokoll vom 5. Juni 1650 macht uns zugleich mit einer neuen Person bei den gerichtlichen Verhandlungen bekannt, mit dem Beistande, Fürsprecher, Prokurator der Parteien, dem Vorspraken oder Redner. Da nämlich, schon der schnellern Procedur wegen, die regelmäßig langweiligen, sich in's Unendliche wiederholenden, auf das Unwesentliche ausdehnenden und unlogischen Vorträge so mancher Landleute selbst nicht am Platze waren, so mußte ein Jeder, der nicht selbst resolut und kurz sprechen und seine Sache gut vortragen konnte, einen Vorspraken haben. Dieß waren theils Leute aus dem Bauerstande, oder Bürger selbst, theils schon gelehrte und auf Universitäten gebildete Advokaten. So wird namentlich ein Bürgermeister von Drakenburg häufig als Prokurator erwähnt. Wie denn wahrscheinlich auch jeder Gerichtsbezirk taugliche Männer wählte, die während eines Land= oder Gohgerichts für Jedermann, der ihrer bedurfte, Prokuratoren sein mußten.

Zwei Landgerichtsankündigungen aus den Jahren 1597 und 1599 geben darüber den besten Aufschluß.

Das gewöhnliche Land=Gericht soll, gunts Gott, gegen Luciatag am Hause Hoya gehalten werden. Welcher nun rechtlicher Erkenntniß vernöthen und zu thun hat, kann sich zuförderst an dem Hause Hoya angeben, damit sein und des Gegentheils Name verzeichnet werden, und das Gegentheil möge citirt werden. Und soll sich sowohl Kläger als Beklagter mit einem Procurator oder Redner inmittelst gefaßt machen, der eines je-

den Nothdurft gerichtlich und ordentlich kann vorbringen.

Wird alsdann auf Bericht und Gegenbericht erkannt und die Nothdurft ferner werden beschafft.

Hoya den 26. Nov. 1596.

Künftigen Donnerstag, wird sein 26 Juli, soll am Hause Hoya das ordentliche Landgericht gehalten werden, deswegen sollen bei Bruch einer Tonne Herings alle Gerichtsleute, auch dieselben, so gerichtliche Erkenntniß vernöthen haben, alsdann bei früher Tageszeit erscheinen. Die Parteien inmittelst mit einem Vorspraken, auch ihren Documenten, Briefen und den Leuten, damit sie etwas zu beweisen vermögen, sich gefaßt machen.

Hoya am 14. Juli 1599.

In den Landgerichtsprotokollen geschieht des Auftretens der Redner oder Vorschreiber selten besonderer Erwähnung. Es deuten aber die Worte: Kläger zeigt an, läßt anzeigen, ließ vorbringen, in der Regel darauf hin, ob der Kläger einen Procurator zu seinem Beistande hatte, oder ob er selbstständig auftrat.

Nachdem das Gericht und die Gohe versammelt waren, geschah eine feierliche Eröffnungsceremonie, Hegung und Spannung des Gerichts. Leider findet sich in meinen Quellen keine Beschreibung dieser Ceremonie, sondern wird derselben in der Regel nur mit den Worten Erwähnung gethan: „nach Erinnerung und Spannung des Gerichts" — „nach Erinnerung und Hegung des Gerichts" — „nach gebührlich gehegten Gericht." Auch wurden höchst wahrscheinlich die Gohmänner erst beeidigt, weßhalb man dieselben auch Geschworene Männer, Eidgeschworene nannte. Bei der Hegung und Spannung des Gerichts wird man den alten Formen ziemlich treu geblieben sein, wie denn auch weiter oben an der Weser, im Amte Polle, noch zu Anfang des 18. Jahrhunderts, das zum bloßen Wrogengericht zusammengeschrumpfte Landgericht nach alter Art gehegt und gespannt wurde[3]).

---

3) Die Hegung des echten Dings wird im Richtsteig des Landrechts Buch I. Cap. I. also beschrieben:

Die richter sal sich toe den alre yrsten setten, ende sol fragen off hy dair een ding hegen moghe, Jnd dairna off hy verbieden moet dingsate en onlust? See sal die gene spreken die dat vynt: Her richter wil dy hoeren dat recht? soe spreke die richter ja.

Die Landgerichte wurden des Jahres zwei- auch dreimal berufen, nachdem vorher die Gohgerichte versammelt gewesen waren,

---

Soe segge hie oen Ick wynde u to rechte dat gy hier een Dingh beghen moeghen ende verbieden dingsate unde onlust. Soe sprecke die richter: Also my toe rechte vonden Is soe verbiede ick Dingsate unde onluste ende orlave recht und verbiede onrecht.

Diese ursprüngliche Form findet sich noch, sehr in's Breite gezogen, im 18. Jahrh. an der Weser wieder, wie wir aus einer im Hannoverschen Magazin von 1843 Nr. 14. veröffentlichten „Geschichte des Königl. Hannoverschen Amts Polle," erfahren, wo über die Eröffnung eines dortigen Landgerichts aus dem Anfang des 18. Jahrhunderts mitgetheilt wird:

Eröffnung des Landgerichts.

Judex. Ich frage ein Urthel des Rechten, weil ich habe die Gnade von Gott, Macht und Gewalt von dem durchlauchtigsten Fürsten und Herrn, Herrn Georg Ludewig, Herzogen zu Braunschweig und Lüneburg, des heiligen römischen Reichs Ertz-Schatzmeister und Churfürst, meinem gnädigsten Fürsten und Herrn, und dann von Ihro Churfürstlichen Durchlaucht verordneten Herrn Commissarien und Beambten des Churfürstlichen Hauses Polle, ob es Zeit sei, ein Landgerichte zu hegen, spannen und halten?

Procurator. Herr Richter, habt ihr die Gnade von Gott, Macht und Gewalt von dem durchlauchtigsten Fürsten und Herrn, Herrn Georg Ludewig, Herzog zu B. und L., des heil. Röm. Reichs Ertz-Schatzmeister und Churfürst, meinem g. F. u. H., und dann von J. Ch. D. verordnete Herrn Commiss. und Beambten des Churfürstl. Hauses Polle, so ist es Tag und Zeit, daß ihr das angesetzte Landgerichte hegen, spannen und halten möget.

Judex. Wie soll ich denn das Landgerichte hegen und spannen, daß es am beständigsten gehalten wird, und was soll ich darin gebieten und verbieten?

Procurator. Herr Richter, ihr sollt das angesetzte Landgerichte hegen und spannen, bei Ihro Churfürstl. Durchl. Hoheit und Gewalt, darin gebieten Recht und verbieten Unrecht, Kieff, Streit und garstige Scheltworte, auch alle Wehr und Waffen, daß auch keiner in das Landgericht trete oder des andern Wort thue, es geschehe denn mit Erlaubniß des Gerichts.

Da jedes Gohgericht mindestens einen Tag dauerte, oft sogar zwei bis drei Tage, vier verschiedene Gohgerichte aber abgehalten wurden, so findet man diese Gerichte oft 8 ja 12 Tage hintereinander thätig, natürlich mit Ausnahme des Sonntags.

Nach der Anzahl von Sachen, die an einem Tage abgemacht wurden, zu urtheilen, mag das Landgericht öfter von früh Morgens bis zum Abend gedauert haben.

Das Verfahren war ein höchst einfaches. Der Kläger trug seine Sache vor oder ließ sie vortragen; der Beklagte antwortete; wo nöthig, wurde replicirt und duplicirt, dann wurden, ohne daß ein Beweisinterlocut abgegeben wäre, die Zeugen

---

Judex. Uff diese Erkäntniß hege und spanne ich dieses angesetzte Landgerichte, bei Ihro Churfürstl. Durchl. meines g. F. u. H. Auctoritaet, Gewalt und Macht, gebiete darin Recht, und verbiete Unrecht, Haß, Kieff, Streit, Schmeh- und Scheltworte, auch alle Wehr und Waffen, daß auch keiner ohne Zulassung des Gerichts des andern Wort thue oder Nothdurfft fürbringe. — —

Judex. Frage weiter ein Urthel des Rechten, wann die Nacht herein fiele, und die Sache erforderte, daß alles anheute nicht geschehen könnte, gerichtet und vollendet würde, wie ich mich denn verhalten soll?

Procurator. Herr Richter, wann die Nacht einfallen würde und die Sache anheute nicht könnte verrichtet werden, so sollt ihr das Gerichte im Namen der heil. Dreifaltigkeit aufheben, und folgenden Morgen, wie es heute gelassen, wieder anfangen.

Judex. Weiter frage ich ein Urthel des Rechten, wann es die Nothdurfft erforderte, oder Herrengeschäffte fürfielen, daß ich auffstehen müßte, habe ich dann auch Macht, einen andern an meine Stelle zu setzen, bis meine Sache verrichtet?

Procurator. Herr Richter, wann es die Nothdurfft erforderte, oder Herrengeschäffte fürfielen, möget ihr wohl auffstehen und euren negsten Nachbaren zur rechten Hand euer richterliches Ambt befehlen, biß eure Sache verrichtet; wann solches geschehen, so solt ihr euer richterlich Ambt wieder annehmen und eure Stelle bekleiden, biß zum Ende des Gerichts.

Judex. Erkent ihr das alles vor recht?

Procurator. Solches alles ist recht und landkündig.

Judex. Wer nun bei diesem gehegten Landgerichte zu klagen hat, der gebe sich beim Procurator an.

über die zu erweisenden Punkte öffentlich abgehört, und den Gohe-leuten nun eine Rechtsfrage oder factische Frage zur Entscheidung vorgelegt, worauf diese nach kurzer Berathung ihr Urtheil einbrachten.

War ein Mißverständniß vorgekommen, oder glaubte der Präsident oder die Beisitzer, daß das Urtheil dem Rechte nicht gemäß, so wurde, wie aus Fall 45 unten erhellt, sofort, vielleicht auch bei dem nächsten Gohgericht nochmalige Umfrage gehalten, bei welcher dann jeder einzelne Urtheilsträger sein Urtheil sagen, vielleicht mit wenigen Motiven auseinandersetzen mußte. War dem Gohgericht etwas zu schwer, so bat es selbst, daß die Sache möge zum Landgericht ausgesetzt, und von diesem entschieden werden (Siehe unten Fall 43.), während andererseits das Landgericht sich von den Grafen die Beiordnung gelehrter Richter in schwierigen Fällen erbat, später die Sachen an die gelehrten Richter des fürstlichen Amts verwies.

Von dem Ausspruch des Gohgerichts konnte an das Landgericht appellirt werden. Von da wurde, nachdem die Grafschaft an die Braunschweig-Lüneburgischen Herzöge gefallen war, an die fürstliche Canzley appellirt, bei welchen Appellationen sich dann der Gebrauch des gemeinen Processes, wie schon aus den Ausdrücken erhellt, geltend machte. Es kommen jedoch auch Fälle vor, wo die Entscheidung unmittelbar von fürstlicher Canzley eingeholt wurde.

So wurde in Sachen Magnus Bremmer contra Heinrich Kohler, wegen streitiger Münzsorten, unter dem 25. Aug. 1631 erkannt:

„weil dieser casus dubius, soll dieß Protokoll in Fürstliche Canzley geschickt und förderlichst Decision darüber eingeholt werden."

Ein Beispiel doppelter Appellation enthält das Landgerichtsprotokoll vom 1. Decb. 1646:

Christoph Meye, so vom Gohgerichte an das Landgericht appellirt, zumal er mit der Gohe Erkenntniß nicht friedlich in causa, daß Heinrich Koch an statt eines alten verfallnen Hauses ein neues gebaut und eine Seitenthür nach seinem Hause über gemacht, so zuvor nicht gewesen sein soll; abermals die Gerichtsleute befragt: weil eine Gasse, so mit Wagen und Pferden kann passirt werden, zwischen beiden Häusern hergehe, der eine so den andern es verbieten wolle, eine Thür an der Seite hätte, ob nicht dem Be-

klagten Koch auch frei stehe, an einer gemeinen Kirchstraße eine Thür zu machen und ausgehen zu lassen?

Achtsleute eingebracht: weil ein Wagenweg zwischen beiden Häusern durchgehe, stehe es den einen sowohl als den andern frei, eine Seitenthür auf die Straße gehen zu lassen, wobei es denn sein Bewenden.

Kläger ist nochmals mit der Landfindung nicht friedlich, appellirt stehenden Fußes an fürstliche Canzley. Actum Hoja den 1. Decb. an. 1646.

Beklagter wendet ein, daß die Appellation frivol sei und habe er zwei gleichlautende Urtheil für sich, bittet daher den Appellanten apostolos refutatorios zu ertheilen und ihm zu vergönnen, daß er sich vermöge der Bescheide der Thür möge gebrauchen.

Bescheid:

Weil Kläger in der Meinung, daß er durch diese Landfindung beschwert und dahero an das Obergericht sich davon berufen, so ist solcher Appellation zu unterthänigen Gehorsam und Respect des gnädigen Landesfürsten deferirt, mit dem Anhange, daß Appellant in drei Wochen aus fürstlich lüneburgischer Canzley der Ambtsstube allhier genugsam Schein und Beweis einbringen soll, daß diese Appellation angenommen, bis dahin es auch mit der streitigen Thür in dem jetzigen Stande bleibt und soll inmittelst und vorher der Appellant dem Appellaten genugsam Caution leisten, ihm dem Apellato in casum succumbentiae alle Kosten und Schäden zu erstatten.

Daß man vom Gohurtheil sofort an die fürstliche Canzley appelliren, und so das Landgericht umgehen konnte, scheint nicht zulässig gewesen zu sein. Jedenfalls ging es nicht, daß, wenn Appellation an das Landgericht interponirt war, man dieser entsagen und dafür Appellation an die fürstliche Canzley wählen konnte.

Landgerichtsprotokoll vom 24. Oct. 1645, Lütje Precht cont. Johann Vogelsang:

Kläger producirt copiam Befehligs d. ann. 1642 den 19. May datirt und bittet, daß vermöge desselben die wider Beklagten ausgesprochne Urtheil exequirt werden möge.

Beklagter sagt, daß die Sache bei der fürstlichen Canzley anhängig wäre, derowegen er dieselbe wolle alsda ausüben und verfolgen. Gefragt ob er sich denn der an. 1630 bei der Zeit vorm Gohgericht ausgesprochnen Urtheil eingewandten Appellation ans Landgericht wolle begeben?

Sagt ja, er wolle bei der Canzlei bleiben und sich der Appellation begeben.

Gefragt:

Ob einer der vom Gohgericht ans Landgericht appellirte, sich solcher Appellation begeben und an die Fürstliche Canzlei, ehe dieselbe prosequiret, die Sache ziehen könne und ob nicht, wenn solches geschieht, billig das vorige Urtheil exequirt werde?

Eingebracht:

Es ist billig, daß es bei solcher Beschaffenheit bleibe, wie es vorm Gohgericht erkannt sei. Klager bittet daher executionem solcher Erkenntniß.

Ueber die Fristen und Fatalien bei Verfolgung der Appellation habe ich etwas Sicheres nicht ermittelt. Wahrscheinlich mußte die Appellation stante pede eingewendet werden, da das Goh sonst auseinander ging. Die Appellation ans Landgericht mußte beim nächsten Zusammentritt desselben, welcher unmittelbar nach Beendigung der Gohgerichte geschah, regelmäßig verfolgt werden. Dem scheint nun zwar die Frage, welche in dem eben angeführten Protokolle an die Urtheilsträger gerichtet wurde, zu widersprechen. Denn wenn Jemand die, gegen ein im Jahre 1630 gesprochenes Urtheil des Gohgerichts damals eingewendete Appellation im Jahre 1643 noch nicht gerechtfertigt hatte, so brauchte man doch nicht zu fragen, ob er sich derselben b e g e b e n wollte, sondern es war gewiß Desertion eingetreten. Ich glaube nun aber die Frage so erklären zu müssen, daß nicht das Gericht, der Präsident oder die Beisitzer, diese Frage gestellt, sondern daß Kläger, welcher an die Nothfrist der Rechtfertigung der Appellation nicht denkt, oder diese nicht kennt, dem Beklagten bloß die Replik entgegensetzen will, er habe ja damals gegen das Gohurtheil nicht Appellation an die fürstliche Canzley, sondern an das Landgericht eingewendet, könne nun dafür nicht Appellation an die Kanzlei wählen, sich aber unrichtig ausdrückt. Man vergleiche unten Fall Nr. 40.

Wenn die Appellation an die Hofgerichts-Canzley verfolgt wurde, so versteht es sich von selbst, daß die bei dieser üblichen Fristen und Fatalien in Anwendung kamen, wo nicht etwa die Vorschriften der Lüneburger Polizeiordnung von 1618 Cap. 10, auf deren berüchtigtes Cap. 11. jedoch, beiläufig gesagt, in den ersten 50 Jahren nach der Polizeiordnung keine Berufungen vor den Land- oder Gohgerichten geschahen.

Was endlich die Hülfsvollstreckung anlangt, so wurde Execution selbst von der Gohe oder dem Landgericht erkannt, und man brauchte sich mit einem solchen Executionsbefehle wohl nur an den Voigt zu wenden, um dieselbe vollziehen zu lassen, oder das Amt selbst trat Hülfe leistend bei.

So viel über das Gerichtsverfahren. Im Anhange folgt eine Auswahl Urtheilsfindungen, welche Auskunft geben, wie das materielle Recht von der „Gohe" und dem „Lande" gehandhabt wurden. Diese Urtheile umfassen die Zeit von 1631 bis 1663. Spätere Gohgerichtsurtheile habe ich nicht aufgefunden. Von dem Landgericht finden sich sogar schon seit dem Jahre 1653 keine Protokolle mehr. Auch enthalten die Amtsbücher nicht mehr die üblichen Ankündigungen dieser Gerichte. Dagegen wächst schon seit 1650 die Anzahl der bei dem Amte Hoya verhandelten Proceßsachen um ein Bedeutendes, so daß die Gerichtsprotokolle, welche früher von mehreren Jahren zusammen gebunden sind, jetzt von einem Jahre einen dicken Band von 600 und mehreren Folioseiten einnehmen. In diesen Amtsgerichtsprotokollen kommen denn auch schon mehrfach, doch nicht allzuhäufig, schriftliche Eingaben vor, namentlich in der Beweisinstanz Zeugenartikel und Fragstücke, bei denen schon die feinste Syllogistik angewendet ist.

Auffallender ist aber noch eine Aenderung bei den Gohgerichten,

Die Gohgerichtsverhandlungen fangen damit an, daß die Geschworenen, wie die Gohleute jetzt genannt werden, Wrogen und Brüche zur Anzeige bringen müssen.

Die Bestrafung wird dann vom Amtmann decretirt, wie auch früher die Bestrafung Sache des Amts war.

Nachdem alle Brüche und Excesse abgethan sind, werden Parteiensachen vorgenommen. Hier wird aber nur ausnahmsweise noch das Urtheil der Goh eingeholt; der Amtmann selbst gibt Bescheide ab.

So heißt es Actum am 20. März 1650, ist zu Bücken Nomine R. S. J. Unseres G. Fürsten und Herrn das gewöhnliche Gohgericht angestellt und gehalten. Erstlich Bürgermeister und Rath gefragt, was selbige ihres Fleckens halber einzubringen hätten? Der Bürgermeister übergab ein Verzeichniß der Parteien. Ferner die

geschworenen Probeherrn vorgefordert zeigen an, daß für dießmal sie keine Wroge vorzubringen.

Darauf Parteiensachen vorgenommen:

Krugwirth Weiße, Kläger, contra Christoffel Leiding und Trompeter Christian.

Kläger producirt eine Obligation, auf 14 Thlr Capital, datirt d. an. 1614, wofür ein Kolhof versetzt, welches Unterpfand Beklagter Principal eigenmächtig weggenommen und Mitbeklagtem wiederum versetzt. Bittet um Zahlung seiner Gelder.

Beklagter zeigt an, daß der Garten übers Jahr Klägern zu Gefallen ledig gelegen, und Obstbäume und Zäune ganz verwüstet.

Bescheid:

Jeder bleibt bei seinem Unterpfand, wie es verschrieben, Kläger in dem Kolhofe, der Trompeter in den verschiedenen Aeckern, bis jeder Theil seiner Zahlung fähig werde.

Dieß ist offenbar, wie schon der Ausdruck: Bescheid, ergibt, kein von der Gohe eingeholtes Urtheil, sondern ein Erkenntniß des Dirigenten des Gohgerichts.

Solcher Bescheide und Erkenntnisse kommen nun an diesem Tage 8 bis 12 vor, darunter ein Fall, wo ein Erbschaftsstreit, in welchem für Beklagten ein Anwalt auftritt, ganz durchinstruirt, fünf Zeugen abgehört und dann, wie es heißt, verabschiedet wird. In keinem dieser Fälle wird die Gohe gefragt und bringt Urtheil ein.

Dann werden die geschworenen Männer der übrigen, zur Bückner-Gohe gehörenden Bauerschaften vorgefordert.

Die Geschwornen zu Warpe wissen nichts einzubringen, wogegen einige Parteiensachen aus Warpe auf ähnliche Weise wie die Bückner verabschiedet werden.

Die geschworenen Männer von Hetzendorf bringen Wrogen ein, worauf ziemlich harte Strafen erkannt worden: Johann Horstmann wird z. B. weil er am Buß- und Festtage Gäste gesetzt, die sich voll gesoffen, mit 5 Rthlr Strafe belegt.

An andern Gohgerichtstagen werden, nachdem zuerst Brüche und Excesse bestraft sind, Parteiensachen vorgenommen, und diese theilweise durch Bescheide des Landdrosten oder des Amtmanns, theilweise durch eingeholte Erkenntnisse der Gohleute verabschiedet.

So heißt es im Protokoll vom 21. Juni an. 1633. Nom. S. Illustr. U. G. F. und H. ist im Hofe zu Mahlen das Gohgericht vom Herrn

Landdrosten Jost v. Klenke, Beiseins des Herrn Amtmanns folgender Maaßen abgehalten.

Nachdem verschiedene Strafen erkannt, heißt es:

Parteiensachen.

Melke Vasche contra Johann Vasche und Wilhelm Speckmann.

Klägerin prätendirt gegen den Beklagten ein an Vasche Hof habendes Meierrecht. Herr Pastor zu Hassel als Gutsherr neben Johann Vasche praesens, gesteht der Klägerin kein Meierrecht, habe auf die Güter keinen Weinkauf gegeben, auch den Meierstand auf publicirten fürstlichen Befehl niemals gesucht, und so den Hof lange Jahre öde und wüst liegen lassen. Inzwischen sei der Hof andern Leuten gegen herausgegebenen Weinkauf mit Belieben des nächsten Anerben vom Gutsherrn mit einem Meier besetzt, und am fürstlichen Amte confirmirt. Bittet darüber manutenenz, welche vom Gohgerichte nochmals erkannt wird, jedoch, daß Klägerin ihr competirender Antheil aus den Gütern auch erfolge, wozu der Besitzer Speckmann anerbietig, alles so viel Recht und billig.

Dem Gohe sodann die Frage zu Recht verstellt: ob ein Erbe, so die elterlichen Güter erben wolle, auch schuldig sei, die auf den angeerbten Gütern haftenden Schulden zu bezahlen?

Für's andere:

Wenn ein Gut nach Meierrecht gebraucht, so öde und wüste geworden, und an Gebäuden und andern Mobilien nichts vorhanden, ob die liegenden Gründe nicht dem Gutsherrn alleine zugehören und heimfallen?

Das Gohe bringt ein:

Wer da erben wolle, müsse die Schulden bezahlen, und müßten die Schuldner nach Gelegenheit der Erbschaft sich finden und handlen lassen.

Wenn einige Güter gar wüste befunden, bleiben die liegenden Gründe und Boden dem Landesfürsten oder Gutsherrn allein.

Johanna Leiding zu Hämelhusen, Klägerin, contra Albert Leiding.

Klägerin bringt ein, daß ihr Bruder, Claus Leiding, Todes verfahren, begehrt von dessen Verlassenschaft ihren Antheil. Beklagter wußte von dessen Verlassenschaft wenig, hätte seinen seel. Bruder verpflegt und begraben lassen.

Bescheid:

Daß beide Theile zu gleicher Erbtheilung zu admittiren, jedoch daß die Verpflegungs- und Beerdigungskosten und andere Creditoren, so noch prätendirten, voraus abgetragen und bezahlt werden sollten.

Heinrich Bruns Wittwe contra Cord Bornkamp. Klägerin fordert vom Beklagten 20 Rthlr. d. anno 1625 creditirt. Beklagter sagt, hätte den Hof mit schweren Schulden angenommen, so davon unmöglich könnten bezahlt werden, des ohnerachtet hätte er die 20 Rthlr mit Korn und Vieh zu bezahlen sich anerboten, welches Klägerin nicht acceptiren wolle.

Bescheid:

Daß wegen schwerer Schulden ein Concursus creditorum anzustellen.

Das Gericht beschlossen und aufgerufen.

Von Jahr zu Jahr werden die Gohleute in eigentlichen Civil-Rechtssachen weniger befragt, und nur wo es auf Rechtsverhältnisse ankommt, die mit Landwirthschaft und Viehzucht zusammenhingen, auf Reinigung von Wasserzüchten, Erhaltung der Befriedigungen in wehrbarem Stande[4]), Haltung von Bienen, Bestimmung dessen, was zu einem guten, mittelmäßigen oder schlechten Brautwagen gehört u. d. g. m. wird das Urtheil der Gohe erfordert. Endlich werden gar keine Parteien-Sachen bei den Gohgerichten mehr vorgenommen.

So schwand das Institut des öffentlichen und mündlichen Gerichtsverfahrens, ohne daß ein Gesetz dasselbe aufgehoben hätte, immer mehr dahin, und gegen Ende des 17. Jahrhunderts, wo die Ausdrücke: Landgericht, Vorgericht, Beigericht zum ersten Male in Verordnungen und Hoyaischen Landtagsabschieden vorkommen, bedeuten dieselben nur Wrogen- und Bruchgericht[5]).

In diesem Wrogengericht nehmen die früheren Gohleute, die das Gericht zu Thuende haben, oder die Achtsleute und Urtheilsträger zunächst die Namen: Geschworene, geschworene Männer, Eidgeschworene an. Ihre Thätigkeit besteht nicht mehr in Rechtsfindung, sondern in einer polizeilichen Aufsicht über die Bauerschaft,

---

4) Da das meiste Vieh in Weiden getrieben wird, ohne von einem Hirten beaufsichtigt zu werden, und Tag und Nacht vom Mai bis zum November in solchen Weiden bleibt, müssen die Einfriedigungen wehrbar gegen Ochsen, Kühe und Pferde sein.

5) Allgemeines Ausschreiben wegen Haltung der den allgemeinen Landgerichten allemal zu prämittirend stehenden Vorgerichten, vom 12. Aug. 1692.

aus der sie gewählt sind. Es sind alle Brüche und Wrogen in Artikel oder Fragen formirt, „welche Artikul alle Jahre etzliche Male nach Erforderung der Zeiten in Gegenwart aller Voigte und geschworenen Männer nachzufragen, auch wo bei jedem Voigte ein Exemplar zu seiner Information und Conferirung mit den Geschworenen zu ertheilen."

Ob die Geschworenen bei den Vor- und Landgerichten bloß Versündigungen gegen diese Artikel anzugeben hatten, oder ob sie bei zweifelhaften Fällen auch noch darüber befragt wurden, ob auf eine Strafe zu erkennen sei, ist mir unklar geblieben.

Die auf dem Landgericht zu verlesenden Artikel, welche vom Jahre 1662 datirt sind, theile ich im Anhange mit, da sie zugleich einen Beitrag zu unserer Sitten- und Polizeigeschichte geben.

Aber auch die größeren Landgerichte schrumpften immer mehr zusammen, und im Anfange des 18. Jahrhunderts findet man statt dessen nur Bauerngerichte und ein sogenanntes Bauernrecht, während wegen eigentlicher Brüche und Wrogen bei dem Amte selbst ein polizeimäßiges Verfahren stattfindet. Es werden die Wrogen, welche sonst bei den Landgerichten verhandelt wurden, jetzt Amtswrogen, die andern Bauerwrogen genannt. Das Bauernrecht umfaßt nur die, in der Gemeinheit selbst, bei Ackerbau, Viehzucht rc. vorgefallenen Wrogen, die Geschworenen sind theils Denuncianten, theils erkennen sie mit dem Bauermeister auf Bestrafung, und haben dafür das Recht ⅓ dieser Strafen zu versaufen.

Ich theile auch dieses Bauernrecht von 1704 im zweiten Anhange mit.

Bei Publication dieses Bauernrechts kam denn auch der specielle Grund zu Tage, warum die löbliche Gewohnheit, daß der Bauer selbst Recht sprach und von seinen Standesgenossen Recht nahm, bei den Beamten in so schlechtem Credit stand. Die Beamten vermeinten: „Die Amtssuperiorität und das Amtsinteresse werde dadurch geschmälert."

Das Aufhören des öffentlichen Gerichtsverfahrens im Amte Hoya hängt natürlich mit dem Eindringen des Römischen Rechts und des italischen Gerichtsgebrauchs in Deutschland mehr oder weniger nahe zusammen; doch möchte ein Rückblick hierauf nicht am rechten Orte sein, es muß vielmehr dieses Eindringen des fremden Rechts als etwas Bekanntes vorausgesetzt werden. Daß der Reichs-

abschied von 1654, welcher vorschrieb, daß in den Territorialgerichten so viel wie möglich der kammergerichtliche Proceß beobachtet werden solle, und die strenge Befolgung dieser Vorschrift durch die Cellische Canzleyordnung vom 4. Jan. 1656, und die Cellische Hofgerichtsordnung vom J. 1685 von überwiegendem Einfluß gewesen sei, ist wohl nicht anzunehmen, sondern eine Menge anderer Umstände wirkten zusammen, die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit langsam absterben zu lassen.

So lange die Grafen zur Hoya lebten, war der Verband der entlegenen Grafschaft mit Kaiser und Reich ziemlich locker, Reichsbeschlüsse drangen nur sehr selten an die Ufer der Aller und Weser. Wie man in den bremischen Marschen, in Bremen selbst und im Bisthum Verden alten Rechten und Gewohnheiten treu blieb, so blieb man dieß auch in der hoyaischen Marsch und Geest.

Die beste Sicherheit des alten Herkommens war hier eben das öffentliche Gerichtsverfahren und das Rechtsprechen der Bauern selbst. Der Graf sandte nur dann einen gelehrten Richter, wenn das Landgericht selbst unterthänigst deßhalb bat. Und allem Anschein nach hat sich ein solcher gelehrter Präsident dem Herkommen mehr gefügt, als daß er darauf Bedacht nahm, den geschriebenen Rechten und dem gemeinen Proceß Geltung zu verschaffen. Daß die Findung des Landgerichts die höchste war, daß es von dem Urtheile desselben einen höheren Instanzenzug nicht gab, sicherte den alten Gebrauch und Herkommen besser, als es gesetzliche Vorschriften gethan hätten.

Anders wurde es, als die Grafschaft an das Haus Lüneburg fiel, und den Hoyaern damit die Wohlthat oder das Unglück eines dritten Instanzenzuges zu Theil wurde. Das Römische Recht und der Kammergerichtsproceß fanden bei den Hofgerichten und den fürstlichen Canzleyen eine feste Stütze, und wurden den Gewohnheiten und Gebräuchen der Landgerichte gefährlich. Eine Menge von Findungen der Goh- und Landgerichte verstießen so sehr gegen die Satzungen des geschriebenen Rechts, daß auf ergriffene Appellation viele davon umgestoßen und emendirt wurden, zumal die gelehrten Herrn von dem ungeschriebenen deutschen Rechte und Herkommen im 17. Jahrhundert sehr wenig wußten, für das Meierrecht namentlich Analogien bald im Lehenrecht, bald im Römischen Recht suchten. Jedes in der Appellationsinstanz umgestoßene Urtheil

schwächte aber natürlich das Vertrauen zu den Findungen der Goh- oder Landgerichte. Dazu kam, daß die Präsidenten, ja vielleicht öfter sogar die Beisitzer des Landgerichts, sofern dieß Bürgermeister der Flecken waren, auf Universitäten Römisches Recht studirt hatten, und durch herkommlichen oder auch nur moralischen Einfluß auf die Urtheilsträger wirkten. Daß die Procuratoren und Vorsprafen bei den Landgerichten schon häufig aus dem Stande der auf Universitäten gebildeten Advocaten gewählt wurden, sieht man aus dem Gebrauch vieler lateinischen Floskeln, z. B. wenn stante pede, viva voce et in optima forma gegen ein Urtheil Appellation eingelegt wurde. Wenn diese Advocaten nun auch nicht bloß aus Eigennutz, und um die Nothwendigkeit und Nützlichkeit ihrer Stellung zu fixiren, den langsamen und complicirten Gang des gemeinen Processes vorzogen, so waren sie doch von der Vortrefflichkeit des Römischen Rechts und des gemeinen Processes zu sehr überzeugt, als daß ihnen diese Bauern mit ihrem Rechtsprechen nicht ein Dorn im Auge gewesen wären. Sie beförderten, so viel sie konnten, im Volke die Meinung, daß man bei den gelehrten Richtern des Amts Hoya ein sichereres und besseres Recht bekomme, als bei den Goh- und Landgerichten, und zogen die s. g. Parteiensachen wo möglich an's Amt, wo sie Schriften eingeben, Artikel und Fragstücke entwerfen, Deductions- und Impugnationsschriften machen, kurz ihre ganze Kunst und Gelehrsamkeit besser an den Tag legen konnten, als vor den unverständigen Bauern.

Auch schwand im 17. Jahrhundert das Interesse an öffentlichen Angelegenheiten auf bedauerliche Weise, und wurde das im Volke wurzelnde Rechtsbewußtsein, wie das Vertrauen auf sich selbst, auf die verschiedenste Weise untergraben. Die sich immer mehr concentrirende Fürstengewalt, welche zunächst die Selbstständigkeit der Gemeinden untergrub, und die mittelalterlichen Formen der Freiheit unterdrückte und verdrängte, die Umwandlung des patriarchalischen Privatstaats in einen Polizeistaat, die sich schnell ausbildende Beamtenherrschaft waren von dem nachtheiligsten Einfluß für das Bestehen eines volksthümlichen Rechts und volksthümlicher Gerichtsverfassung.

Zu dem allen kamen die Leiden des dreißigjährigen Kriegs, die Innehabung der Hoyaischen Lande durch die Schweden, welche erst durch den westphälischen Frieden nördlich auf Verden und Bremen zurückgedrängt wurden.

Welche bedeutsame Rechtsverwicklungen lagen vor, als es endlich Frieden geworden? Wie viele Besitzveränderungen, Spolien, Gewaltthätigkeiten und Unrechtmäßigkeiten aller Art waren während des Krieges vorgefallen? Hier waren wüste Höfe, dort waren die Anerben unter die Landsknechte gerathen, ganze Familien waren ausgestorben und vernichtet. Und welche Verwilderung der Gemüther, welche Entsittlichung. Selbst die Menge der Rechtsfälle brachte es mit sich, daß dem Amte der größte Theil zufallen mußte.

Von allen diesen Ursachen war aber keine gewichtiger, als die Ungunst, mit welchen die Beamten am Hause Hoya auf das Rechtssprechen der Bauern herabsahen. Sie fanden darin eine durchaus ungebührliche „Schmälerung der Amtssuperiorität und das Amts-Interesse", und da sie diese mit der Souveränität der Fürsten identificirten, eine Beeinträchtigung dieser Souveränität selbst. Das Vielregieren schreibt sich schon aus jener Zeit her. Wo es in einer Gemeinde etwas zu ordnen und zu leiten gab, da durften die Bauern nicht mehr unter sich selbst die Sachen ausmachen und ordnen; ein Beamter, wenigstens ein Amtsvoigt mußte dabei sein. Der Anhang I. liefert hierüber den besten Beleg. Die Briefe und Wrogen wurden nicht selten sogar als einträgliche Finanzquelle betrachtet, weßhalb natürlich dem Bauer jede Einwirkung auf Erkennung von Strafen (Amts-Wrogen) entzogen wurde.

Je mehr sich die Jurisdiktion des Amts erweiterte, desto größer wurden die Sporteln.

Der Bauer, welcher, wie wir oben gesehen haben, selbst während und nach dem 30jährigen Kriege, im Amte Hoya wenigstens, in seinem Recht noch wohlbewandert war, wurde durch die Gesetze selbst als ein unmündiges Kind behandelt, das nicht genug geleitet werden könne. Die Lüneburger Polizeiordnung mit dem Motto: salus populi suprema lex esto, und dem unverkennbaren guten Willen für das Beste des Volks zu sorgen, gieng von dem verkehrten Grundsatz aus, durch eine Menge polizeilicher Vorschriften, Beaufsichtigung und Leitung des Volks, am besten für dasselbe zu sorgen.

„Um Processe abzukürzen, sagte sie in ihrem berüchtigten, durch unsere Gesetzgebung erst vor drei Jahren aufgehobenen Cap. 11, zumal aber das Beweisthum zu maturiren und factificiren, also daß die armen Leute mit weitläuftigen kostbaren Zeugenverhören, so viel als möglich, verschont werden und deren enthoben werden mögten",

sollen alle und jede Contracte bei Strafe der Nullität gerichtlich angemeldet werden.

Und diese Verordnung war zunächst für spärlich bewohnte Haidgegenden bestimmt, wo der Bauer oft 8 bis 10 Stunden wandern mußte, ehe er zu dem Sitze des Gerichts kam, wo er dann die Herrn Beamten auch noch nicht jeder Zeit sprechen konnte. In dem Theile der Grafschaft Hoya, in welchem diese Polizeiordnung nach dem Unterthanenverhältniß Gültigkeit gehabt hätte, in der Niedergrafschaft, kam sie aber, so weit Goh- und Landgerichte Recht sprachen, nie zur Anwendung, da das Goh von dem Satze ausgieng: ein Mann ein Wort, ein Wort ein Mann, und jeden Contract, der durch Zeugen oder sonst bewiesen werden konnte, für gültig erkannte. Erst nachdem die Braunschweig Lüneburgischen Lande schon vereinigt waren, und jene im Hoyaischen nicht zur Anwendung gekommene Polizeiordnung nicht einmal mehr Geltung gehabt hatte, wurden ihre Vorschriften enger um den Bauer zusammengezogen, um ihm seine Selbstständigkeit noch mehr zu nehmen. Die Umwandlung zum Polizeistaate zeigt sich aber recht deutlich an der sog. Göhrder Constitution vom 19. Okt. 1719, jener Verordnung, wodurch nicht nur den Gerichten die Entscheidung über die wichtigsten Meiersachen der herrschaftlichen Meier entzogen wurden, um einer Administrativbehörde, der Domainenkammer übergeben zu werden, sondern welche auch die Appellation bei Landgerichtsstrafen abschnitt.

Nur die Städte und Flecken hatten im 17. Jahrhundert im Hoyaischen noch so viel corporative Macht, daß sie einige Freiheiten für sich retteten, und durch Briefe und Privilegien sich versichern ließen. Die eigene Gerichtsbarkeit der Flecken Hoya und Bücken schreibt sich wenigstens erst aus der Zeit her, wo das öffentliche und mündliche Verfahren der Goh- und Landgerichte aufhörte. Als die Bürger nicht mehr von Bürgern und nicht nach Hoyaischem Weichbildsrechte ihr Recht empfangen sollten, als das Haus Hoya anfieng, auch die Bürger der Flecken Hoya und Bücken vor sich zu fordern, da erst, in der Mitte des 17. Jahrhunderts, ließen sich die Flecken Briefe und Siegel über ihre Gerechtigkeiten geben. Da erst ließen sie sich von ihren Fürsten feierlich versprechen:

„es sollen auch Bürgermeister und Rath Fug und Macht haben, in Civil oder bürgerlichen Sachen Hader, Zank, Widerwillen,

Schlagen, Hauen, Stechen, Rausen und mehr dergleichen nach Form und Verordnung ihres Weichbildrechts in Freundschaft und Güte zu vertragen und zu richten, wie denn auch kein Bürger von unserm Amte oder Dienern zu Hoya in Schuld oder andern geringschätzigen Sachen nicht soll verstrickt und eingezogen werden, sondern durch den Bürgermeister auf den Rathskeller."

Man sieht, die kleinen Fleckenbürger hatten damals noch mehr Sinn für politische Corporationsrechte, als heute die Verordneten großer Städte, welche, wie in Dresden, die Gerichtsbarkeit der Kosten halber freiwillig abtreten. —

Ich kann diese Abhandlung nicht schließen, ohne eine Andeutung, die ich vielleicht an einem passendern Orte weiter ausführe. Die vernünftigen Bestrebungen unseres Jahrhunderts scheinen mir auf das Gegentheil von dem gerichtet zu sein, was das 16. u. 17. Jahrhundert wollte und that. Wir drängen nach der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit im Criminal- und Civilprocesse, welche damals oder schon früher verloren gieng; wir wollen das Vielregieren beschränkt wissen, den Corporationen ihre Selbstständigkeit zurückgeben, Associationen aller Art fördern und dem Staate das Regieren erleichtern, indem wir in allen Lebensgebieten das Selfgövernment vorziehen. Nun so laßt uns denn auch darauf denken, den Bauern und Bürgern ihre Selbstjurisdiction wieder zu geben!

Das mag schwer aber nicht unmöglich sein; nur müssen wir dem rechtgebenden und rechtnehmenden Volke nicht auch unsere Proceßform aufdringen wollen, sondern zu dem einfachen Verfahren zurückgehen, das durch den sog. gemeinen Proceß verdrängt wurde. Warum sollten unsere Bauern in ihren eigenen Angelegenheiten heute nicht eben so gut Recht finden können, als die Hoyaischen Bauern es vor 200 Jahren konnten?

Für schwierige Fälle mögen Advokaten und gelehrte Richter übrig bleiben. In hunderten von Fällen kommt es aber weniger auf das Recht selbst, als auf einen Rechtsspruch an. Wenn man nun wieder da anknüpfte, wo man aufgehört hat; wenn man neben unsern Gerichten und unseren Proceßgesetzen, wie sie einmal bestehen, ein ächtes Ding einrichtete, in dem jeder, der wollte, von seinen Genossen Recht nehmen könnte; wenn man dieses ächte Ding, den Untergerichten wenigstens, nicht unterordnete und, sobald ein Rechtsmittel interponirt würde, nur eine Appellation gestattete,

bei der wiederum vor dem Oberrichter mündlich und öffentlich verfahren würde?

Selbst wenn man dieß ächte Ding nur als eine Art Schiedsgericht betrachtete und behandelte!

Ein Versuch wird zeigen, ob das Volk mehr Vertrauen hätte zu dem Wissen des gelehrten Richters, zu dem Rechte, das es nicht kennt, zu dem complicirten Processe, den es nicht begreift, oder zu dem gesunden Verstande seiner Genossen.

Man wage es!

Anhang.

I. Urtheils-Briefe von 1631—1663.

Nr. 1.

Landgerichts-Protokoll vom 17. Juny 1631.

Das Gericht gefragt:

Wenn einer ein Pferd verloren, so nicht trächtig gewesen, und es hernach wieder aufgefunden, und hätte ein Füllen, ob der, bei dem es gefunden, solches allein oder das Füllen mit zu restituiren schuldig sey?

Erkannt:

Weil das Pferd der Zeit nicht trächtig gewesen, wie es verloren, und hernach wie es gefunden ein Füllen gehabt, sei der, bei dem es gefunden, ein Mehreres nicht, als das Pferd wieder zu geben schuldig.

Nr. 2.

Gerichts-Protokoll vom 22. März 1643.

Wenn einer einen Andern beschuldigt und hat es mit lebendigen Zeugen nicht zu beweisen, ob und wie weit solche Beschuldigung für gültig zu achten? Item: ob auch ein Anderer darauf nicht allein nachreden, sondern auch den Beschuldigten, gleich als wenn er rechtmäßig überzeuget, für einen offenbaren Schelm und Dieb schelten, schmähen und verdammen möge?

Erkannt:

Daß Dietrich Meyer den Gaeden bei dem Pferde gesehen und keinen Beweis zu führen (im Stande), ihn auch nicht darauf beschicken lassen, daraus könne dieser nicht für einen Dieb gescholten werden, noch weniger wäre ein Anderer befugt denselben darauf zu schelten, zu schmähen und zu verdammen.

Nr. 3.

Gohgerichts-Protokoll vom 23. März 1643.

Gefragt:

Wenn Einer einem Andern vor 40 oder 50 Jahren Hester (junge Eichbäume) auf gemeiner Weide verkauft, ob er dieselben nun, da sie erwachsen, wieder abzutreten schuldig sein solle?

Erkannt:

Dieweilen einer, der ein Füllen verkauft, hernach wenn das Pferd erwachsen, nicht könne wieder fordern, also sei auch einer, der vor 40 und mehreren Jahren junge Hester gekauft, dieselben wenn sie erwachsen nicht abzutreten schuldig.

Nr. 4.

Gerichts-Protokoll vom 24. März 1643.

Eberhard Graffe contra Johann Berendts. Das Gericht gefragt: wenn vom Amte ein Pfandzettel gegeben, auch die Pfande darauf werden ausgelanget, der aber so gepfändet die Pfände sammt seinen Knecht und Gesinde mit Aexten und andern Gewehr gewaltsamlich auf freier Heerstraße wieder nimmt, die so sie geholet darüber in Leibes- und Lebensgefahr seyn, was seine Strafe darüber sein soll?

Erkennt:

Daß sie die höchste Gewalt (gethan), so die Beamten nach Gnade und Ungnade strafen mögten.

Nr. 5.

Gohgerichts-Protokoll vom 28. März 1643.

Wenn zween miteinander sich schlagen und der so sich wehret den andern verwundet, ob nicht derselbe, so Schaden kriegt, in den Schaden worunter zu Hülf kommen müsse, oder ganz davon verschont bleiben solle?

Erkannt:

Obwohl Johann Hake (der Beschädigte) allen Umständen nach große Ursache gegeben, so könne Beklagter doch so gar nicht umhin, er müsse ihm etwas an Arztlohn zu Hülfe kommen.

Nr. 6.

Protokoll von demselben Tage.

Wenn einer eine Obligation oder Verschreibung vorzeiget und erweißlich, daß jener 30 Jahr so wenig Zinse als Hauptstuhl gefordert, noch weniger daß in denselben 30 Jahren einige Zinsen ausgegeben worden, so wird gefragt: ob und wie weit einer, der nach so langer Zeit besprochen wird, zu bezahlen schuldig sei?

Erkannt:

Wie eine Obligation sich findet und nicht erweißlich, daß darüber einer 30 Jahren besprochen, so bliebe es billig bei der alten Findung, da es heiße: 10 Jahr binnen Landes, 20 Jahr außer Landes und 30 Jahr über See und Sand, also wer der Zeit nicht spreche, aus einer Obligation auch nicht könne zu fordern haben.

Nr. 7.

Protokoll von demselben Tage.

Barthold Rengstorf und Alke Detrags sein verstorben und haben eine Tochter verlassen, die gleichfalls verstorben. An des Vaters Seite stehe eine Brudersstochter, von Seite der Mutter aber eine leibliche Schwester und ein Brudersohn. Wird gefragt, ob des Mädchens Erbschaft der Mutter Schwester allein zufalle, oder auch des Vaters Bruders Kinder, gleich als wenn der Vater noch am Leben wäre?

Erkannt:

Weil Barthold und der Aleken Tochter noch eine leibliche Schwester (ihrer Mutter hat), auch Vaters Bruder Tochter noch am Leben, so werde der Mutter Schwester als dem nächsten Blut der Nachlaß zuerkannt. Wenn aber der Mutter Schwester nicht am Leben wäre, so müßte derselbe Theil an des Vaters, der andere halbe Theil an der Mutter Seite fallen[4]).

---

4) Diese Entscheidung wird uns, bei denen das Römische Recht schon in Blut und Fleisch übergegangen, ungerecht, ja unvernünftig vorkommen. Allein es ist damit wie mit vielen positiven Bestimmungen; wenn das Römische Recht entschiede, daß Geschwister-Kinder nicht mit den Geschwistern zur Erbschaft berufen wären, so würden wir dieß vielleicht für vernünftig, und die andere Bestimmung für unrecht halten.

Die Bestimmungen des Sachsenspiegels, welche den Gohleuten vorschwebte, war den gelehrten Juristen des 15. Jahrhunderts schon ein Stein des Anstoßes gewesen. Deßhalb hatte das Kammergericht schon 1498 vom Reichstage eine Declaration verlangt, daß Geschwister-Kinder mit den Geschwistern erben sollten, und ward in der That in dem Reichs-Abschiede vom Jahre 1498 §. 36 das Repräsentations-Recht der Enkel in Beziehung auf die Beerbung der Großeltern unter Aufhebung der entgegenstehenden Gewohnheiten anerkannt. Da dieß aber den Doctoren nicht genügte, so wurde im Reichs-Abschiede vom Jahre 1521 §. 19 die Einführung der justinianischen Grundsätze mit Aufhebung der entgegenstehenden Gewohnheiten angeordnet. Wir sehen aber aus obigen und andern folgenden Fällen, wie auch dieses Reichsgesetz noch hundert und zwanzig Jahr später in der Grafschaft ignorirt und deutschem Rechte gemäß erkannt wurde.

Nr. 8.

Landgerichts-Protokoll vom 24. October 1643.

Gefraget:

Weil Heinrich Lubbers eine Handschrift auf 24 Rthlr ausgegeben, Beklagter Koch aber sich mit der Schuld, wie die creditores publice sub poena silentii gefordert, nicht gebührlich angegeben, sonderlich weil er auch nicht für 6 Jahren, wie er citiret worden, erschienen; So wird gefragt, ob die Erben zu bezahlen schuldig und ob er, Beklagter, Klägern mit der Forderung vorzuziehen.

Eingebracht:

Es sey keiner mehr zu bezahlen schuldig, als er im Kaufgelde ausgesaget, und weil dann auf allen Gohgerichten erkannt, dieweil es heiße 10 Jahre binnen Landes und 20 Jahr außerhalb Landes, so wird Beklagter, wofern er nicht beweisen kann, daß er sich nach der geschehenen proclamation gebührlich angegeben, billig abgewiesen.

Klägerin sagt, eine von den Erben sei hingewesen, derwegen sollte sie es billig ...... (unleserlich) haben, weil solches nicht geschehen, bittet sie wie gebeten.

Beklagter repetire, daß sie sich angegeben, wenn sie von der Schuld Wissenschaft gehabt.

Bescheid:

Beklagte soll ihr Vorgeben beweisen, und ergehet darauf was Recht ist.

Nr. 9.

Landgerichts-Protokoll von selbigem Tage.

Johann Cramer zu Verden contra Ehler und Jobst Trute.

Kläger berichtet, daß ihm wegen der Beklagten in Bürgschaft ein Pferd in Verden abgepfändet, so während der Pfandung verunglückt und gestorben, bittet refusionem des Schadens.

Beklagte sagten, die Bezahlung sei geschehen, ehe dem Klagern das Pferd abgepfändt, deßwegen seyen sie ihm zu nichts verbunden.

Bescheid:

Wird Beklagter sein Angeben mit Zeugen beweisen, ergehet darauf was sich Rechtswegen will gebühren.

Der Meier zum Wührden als Mitbeklagter gestehet, daß noch 36 Rthlr Zinsen seyen hinterfällig gewesen, da eben das Pfand genommen; indem nun die Zahlung geschehen, sey das Pferd gestorben, allein Kläger habe noch nicht erwiesen, ob das Pferd sey gesund gewesen oder nicht, bittet Erkenntniß.

Klagender Anwald stellet es zu des Principals probation.

Das Goh darüber befraget bringt zu Erkenntniß ein:

Weil Beklagte gestehen, daß sie noch schuldig gewesen, sey nicht

billig, daß der Bürge darum Schaden leide, sondern so er beweiset, daß das Pferd gesund gewesen, schadlos zu halten.

Nr. 10.

Landgerichts-Protocoll vom 24. October 1645.

Gefraget:

Wenn einer dem andern Korn verkauft, dasselbe an einen gewißen Ort zu liefern, und er liefert es an einen andern, dahero dann demselben Schaden zugefügt, wird gefragt: von wem der Schaden zu ertragen sey?

Erkannt:

Wenn der Verkäufer das Korn an den Ort geliefert, als es beschieden ist, er zu dem Schaden nicht zu verantworten schuldig, wo er aber das nicht gethan, sey ihm der Schade.

Nr. 11.

Landgerichts-Protocoll vom 24. October 1645.

Heinrich Precht contra Johann Freese.

Kläger deutet an, daß etwa vor 2 Jahren Johann Freese Schweine auf der Marsch gehabt, davon sey eins zurückgeblieben, an dessen Statt er ein Rethemer Schwein behalten, weil nun die restitutio nicht sobald erfolget, sey Klägers Pferd zu Rethem angehalten, deswegen das Pferd blind geworden, auch über 1½ Hundert (?) kleine (?) Schaden geschehen, bittet refusionem.

Beklagter sagt: er habe dem Schweinehirten 6 Stück Schweine ausgeliefert, wovon er ihm nur 5 der seinen wieder gebracht, und eins ausgeblieben, habe der Hirte ihm ein unrecht Schwein gebracht, welches er wieder zurückgeschickt, der Hirte aber das Schwein ihm wieder zugeschickt mit Andeuten, wenn das nicht sein Schwein, er ihm zu keinem mehr antworten wollte, wenn er solches behalten, auch Oldemeyer endlich das Schwein wieder bezahlet, da ihm den heutigen Amtsschein gegeben, von dem Hirten hinwieder seine Unkosten zu gewärtigen, also daß er nicht in culpa.

Kläger sagt: der durch Wiederlösung des Schweines den Schaden verursachet, sey ihm denselben zu bezahlen schuldig.

Beklagter sagt: er habe keinen Schaden verursacht, sey auch denselben nicht zu bezahlen schuldig, habe zwar wohl gewußt, daß es sein Schwein nicht sey, und derwegen auch zurückgeschickt.

Harm Beste sagt: daß Johann Freese auf Klagen Oldemeyers unterschiedlich sey aufgefordert, das Schwein zu restituiren oder Oldemeyer zu contentiren, habe es aber nicht gethan, welches Kläger zu notiren bittet, und weil er deswegen das Pferd caviret und viel Heuerland liegen lassen müssen, sey der Schaden unerträglich.

Dem Gohe ist dieß vorgetragen und hat darauf eingebracht:

Wenn das Schwein zu rechter Zeit, da das Schwein von Oldemeyer gefordert, ausgefolgt, wäre der Schaden verhütet; weil nun Johann Freese das Schwein nicht hat ausfolgen lassen, sey er, was das Pferd hätte verdienen können, zu bezahlen schuldig, hätte sich aber hinwieder an den Hirten, so weit er könnte, zu erholen. Bürgermeister bedanket sich für das Urtheil.

Johann Freese begehret, daß das Gohe erkennen möge, was dem Bürgermeister wegen seines Pferdes täglich an Schadengeld gebühre.

Ist erkannt, daß für jeden Tag einen Orth gegeben werde.

Nr. 12.

Landgerichts-Protokoll vom 24. October 1643.

Claus Struß contra Johann Wiedmann.

Kläger sagt, Beklagter sey ihm 12 Rthlr. schuldig, dafür er ein Stück Landes seit anno 1624 besäße, dies Jahr habe ihm Beklagter solch Stück de facto genommen, bittet refusionem spolii, und daß er bei dem Besitz möge bis zur Zahlung geschützet werden.

Beklagter ist nicht mehr denn 3 Rthlr geständig, dafür er zwei Schweine als ein mager, ein feist weggenommen, sonsten nichts, und bittet er übrigens Beweis, sonderlich weil er das Land über 20 Jahr gebrauchet.

Kläger bleibet dabei, daß es 12 Rthlr, gestehet aber nicht, daß er ihm 2 Schweine genommen, sonsten aber habe ihm der Amtschreiber 1 Zehnt-Ferken genommen, so der ihm verkaufet, seines Wissens habe er auch nur 15 Jahr das Land gebraucht.

Das Gohe bringet ein: weil Wichmann bekennet, daß Kläger 3 Rthlr von ihm zu fordern, das Land aber mehr bringen könne, so wäre nicht vermuthlich, daß die Schuld nicht höher liefe, da er ihm sonst das Land nicht 15 Jahr würde gelassen haben. Kläger aber sey schuldig in gewisser Frist zu beweisen, was er in dem Lande habe, und wenn Wichmann alsdann dasjenige bezahlt, sey er seines Landes hinwieder mächtig.

Nr. 13.

Gohgerichts-Protokoll vom 20. September 1644.

Gefragt:

Eine Wittwe verstirbt ohne Leibeserben und verläßt hinter sich eine leibliche Schwester und eines Brudern Sohn, ist die Frage: wer hier nach Hoyaschen Weichbildsrecht erben könne?

Eingebracht:

Daß nach Hoyaischen Weichbildsrecht die Schwester erbe und den Bruder Sohn ausschließe.

Nr. 14.

Gerichts-Protocoll vom 20. Septbr. 1644.

Gefragt:

Wenn einer Schweine in seinem Kohlgarten befindet, den er nicht beständig zugezaunt, ob er befugt die Schweine mit Hunden todtzuhetzen? Zum Andern, wenn Schweine also gehetzt werden und andere dazu kommen, so auch von den Hunden also beschädigt werden, daß sie davon gestorben, ob derselbe, der des Andern Schweine gehetzt, solche zu bezahlen schuldig sey?

Erkennt:

Weil der Garten offen gelegen und es bei Tage gewesen, sey derselbe schuldig, so gehetzt, daß er den zugefügten Schaden bezahle, wenn es aber bei Nacht geschehen, denke einem wohl was sich gebührte.

Nr. 15.

Landgerichts-Protocoll vom 27. Septbr. 1644.

Ilse Weittenmüller c. Gysen und Ehler Trunen. Klägerin fordert wegen eines verkauften Wallachen 17 rl. Beklagter sagt: er habe das Pferd gekauft, es sei ihm aber nicht überliefert, weshalb er kein Geld gegeben und zu bezahlen nicht schuldig.

Klägerin sagt: ein tertius, Arnet Beyer, habe es notirt; auch habe der Pastor zu Eitzendorf attestirt, daß ihr Name bei seinem Letzten beständig ausgesagt, daß ihm die Schuld noch nachstellig sei.

Gefragt:

Weil Ehler Trune den Kauf questionis, aber nicht, daß er das Pferd empfangen, gesteht, Arnett Beyer einen Schein aufgesetzt, daß der Kauf geschehen und 6 rl. bezahlt, der Pastor auch einen Schein gegeben, daß es Weittenmüller in seinem Letzten nochmals bekannt, so wird gefragt: ob solcher Beweiß genug sei oder ein mehrerer erfordert werde?

Eingebracht:

Dem Pastor und was Weittenmüller in seinem Letzten bekannt, dem soll Glauben gegeben werden und daher weil er 6 rl. bezahlt, daß er auch die 17 rl. bezahlen müsse.

Nr. 16.

Landgerichts-Protocoll vom selben Tage.

Et. Schmidt c. Albert Wiggers. Kläger hat den Beklagten um 8 rtl. zu besprechen, dafür dieser ihm Roggen auf gutes Land zu

thun versprochen, auch das Himtsaat für 7 rl angenommen. Wie aber das Korn erwachsen, sei es in Drespe geschlagen, derowegen er nichts für seine Forderung erhalten.

Beklagter gesteht, daß er den Roggen Klägern für 7 rl. auf guter Leute Aestimation zugeschlagen, der es auch acceptirt und ihm seine Handschrift darauf überliefert.

Gefragt:

Weil Klägern das Korn einmal nach geschehener Aestimation zugeschlagen, er auch darauf quittirt, und nun solches in Drespe geschlagen, als wird gefragt ob er deswegen den Contract retractiren könne?

Erkannt:

Was einmal gekauft, sei und bleibe gekauft, und was quittiret müßte quittiret bleiben, und also Käufer Vortheil und Schaden haben.

Nr. 17.

Landgerichts-Protocoll vom selben Tage.

Gefragt:

Wenn zwei mit einander zur Hälfte säen, der eine aber ohne des Andern Vorwissen das Land umgepflügt, ob ihm solches gebühre?

Erkannt:

Beklagten habe nicht gebührt, ohne des Andern Vorwissen das Korn umzusäen, weil solches aber geschehen, müsse er sich mit ihm vergleichen.

Nr. 18.

Actum eodem.

Gerd Schäfer a. die Dedendorfer.

Den Beklagten gebühre die Brücken also zu halten, daß Niemanden Schaden dadurch geschehen könne. Nun wäre dieselbe also gemacht, daß ein Pferd durchgefallen und den Hals gestürzt, bittet um Erstattung.

Beklagte sagen: ihnen gebühre die Brücke zwar zu machen auch untadelhaft, das Pferd sei aber beiabgefallen. Kläger sagt, daß etzliche Bohlen an der Brücke gefehlt, wovon das Pferd scheu geworden und also beiabgefallen.

Gefragt:

Weil das Pferd bei der Brücke abgefallen und die Brücke tadelhaft, was deswegen Erkennens?

Erkannt:

Wofern die Bauerschaft zu erweisen, daß die Brücke untadelhaft gewesen und also das blinde Pferd von der Brücke abgedrengelt, so müßte Kläger den Schaden haben, wo nicht, so müßten sie sich

Schadens halber vergleichen. Wofern aber das Pferd durch die Bohlen geschossen, wären sie Erstattung zu thun schuldig.

Nr. 19.

Gerichts-Protocoll vom 21. September 1644.

Gefraget:

Wenn einer ein unecht Kind auf die Futterung thut und jährlich 10 rl. dafür aussezet, auch 7 rl. darauf bezahlet, aber nun sich alles übrigen Kostgeldes, welches ihm wegen drei Jahre zu 23 rtlr. gelassen, verweigere, mit Vorgeben, daß er das Kind habe nach Ablauf anderthalb Jahren abgefordert, aber dessen nicht mächtig seyn können, so wird gefraget: ob derselbe solche Abforderung nicht erweisen müsse und, so lange solcher Beweis nicht erfolge, die Kostgelder von angeregten 3 Jahren zu bezahlen schuldig sey?

Eingebracht:

Wenn der Meyer könne beweisen, daß er auch nicht mehr den (das) für 1½ Jahr, sonsten aber und in Mangel des Beweises, drei Jahr Kostgeld zu bezahlen schuldig.

Nr. 20.

Gerichts-Protocoll vom 24. September 1644.

Gefraget:

Weil sich in einem Camp Landes, die Eichel genannt, welchen Lippeldings Nachfolger Ludolph Tiedemann sich anmaße, etzliche Stücke Landes befinden, so andere besprechen, auch Ludolph Tiedemann selber gestehet, daß solch Land und zwar dahero, daß davon der Zehnte nach Bruchhausen, von seinem aber an den Meier zum Wechold gehe, ihm wohl möge zugehört haben, vermeine, daß ihm aber dafür Erstattung müße geschehen seyn; — So wird gefraget wem desfalls darüber Beweis beizubringen gebühre?

Eingebracht:

Weil Tiedemann dafür halte, daß dem Klägern das Land zustehe; so müsse er beweisen, daß ihm Erstattung dafür geschehen sey. Sonsten aber ihm das Land lassen müsse.

Nr. 22.

Landgerichts-Protocoll vom 27. September 1644.

Dietrich Goschaken Frau für sich und nomine ihres Bruders und Schwester ctr. Hermann Besten.

Klägerin deutet an: Nachdem ihre Schwester als Harm Besten Frau vorlängst gestorben und keine lebende Leibes Erben hinter sich verlassen, auch vor 14 Jahren, als sie Harm Besten geheirathet, ihre Güter nicht ad communionem bonorum gebracht, bittet derwegen für sich und ihre Miterben am Landgericht erkennen zu lassen, daß

ihre leibliche Schwester und Bruder erben und Beklagter Best schuldig sey, deren Güter ihnen abzutreten.

Beklagter beruft sich auf ein Landrecht, daß weil ihre, der Verstorbenen Güter ihr von ihrem vorigen Manne angeerbt und ihr zugebracht, ob nicht vermöge Weichbildes und Landrecht die Verlassenschaft auf ihn als den Mann vererbt sey.

Klägerin bittet, daß weil Beklagter affirmiret, daß ihr die Güter zugebracht, er solches beweisen müsse. Beklagter bittet wie gebeten.

Gefraget:

Wenn eine Frau stirbt, ob nicht das ihrige, so sie verläßt, dem lebendigen Mann heimfällt.

Eingebracht:

Es sey alt Hoyasch Landrecht: längst Leib längst Gut, es wäre denn Beweis vorzubringen, daß es anders vertragen sey.

Beklagter bedankt sich des Urthels. Klägerin streitet das alte Recht nicht, sondern daß allezeit von der abgestorbenen Frau gesaget, wie sie keine andere Erben denn ihre Schwester habe, appellirt sonst weil sie ihrem Bruder und Schwester nichts zu vergeben hätte, ad cancelliam, und bat es zu verzeichnen.

Nr. 23.

Landgerichts-Protocoll vom 27. September 1644.

Gefragt:

Wenn einer eine richtige Handschrift und Land zu Unterpfand habe und der debitor ihm dasselbe, sonderlich da ers gepflüget, genommen und besäet, ob er solches befugt oder nicht vielmehr darum zu strafen sey?

Erkannt:

Derselbe habe zu viel gethan, daß er das Unterpfand angegriffen, ehe er den creditoren bezahlet und derwegen für Amte abzuhandeln.

It. Der so de facto gesäet, sei des Saatkorns verlustig und habe der andere zu erndten.

Nr. 24.

Landgerichts-Protocoll vom 27. September 1644.

Gefragt:

Weil Klägern Beklagter auf sein Bitten sein Pferd mit genommen, es bei (zu) den seinigen zu nehmen, der aber die seinigen in der Verwahrung gelassen und das fremde Pferd ohne sein des Klägers Vorwissen wieder zurückgenommen, darüber es gestohlen, wird derwegen gefragt, ob ihm Beklagter das Pferd nicht zu bezahlen schuldig sey?

Erkannt:

Weil Beklagter seine Pferde zurückgelassen und Klägers sein genommen, sei er schuldig dem Kläger satisfaction zu thun. Sie müßten sich aber in Güte deswegen vergleichen.

Nr. 25.

Landgerichts-Protocoll vom 30. October 1645.

Claus Hoyer Kläger ctr. Johann Brüning zu Bücken und Consorten.

Kläger läßt anzeigen, daß Brüning Bruning ohne Leibeserben verstorben und 2 Brüder und 3 Schwestern hinterlassen, wovon Johann Brüning die Erbschaft allein sich annehme, gefragt ob nicht der eine so nah als der andere? Beklagter dagegen eingebracht, daß seines Vaters Bruder per testamentum et donationem inter vivos verehret, wobei es billig zu lassen, producirt instrumentum donationis.

Wird von Klägern nicht gestanden, weil das instrumentum donationis 2 Jahr nach des donatoris Tode aufgerichtet und verfertigt.

Gefragt:

Ob der Umstand das instrumentum donationis für gültig erkannt und weil Beklagter praescriptionem auf 20 Jahre, daß es nicht besprochen, anzieht, Kläger dagegen, daß er unmündig gewesen, einwendet, hierauf zu erkennen?

Erkannt und eingebracht:

Wenn das testament bei des Verstorbenen Leben mit gehöriger solennität oder in dessen Todtbette verfertigt, daß es gültig wäre; stände einem jeden frei das seinige zu vergeben, weil aber solches nicht geschehen und die Zeugen nur aus bloßem Gespräch und nicht beständigen letzten Willen ihre Aussage führten, also könnten sie es nicht für bündig erkennen, und wären die andern Nebenverwandten einer so nahe als der andere.

Nr. 26.

Landgerichts-Protocoll vom 30. October 1645.

Hermann Lohmann zu Wienbergen ctr. Andreas Habermann daselbst.

Kläger läßt anzeigen, daß Beklagtens Hengstpferd auf sein Pferd in Klägers Wiese gesprungen und er auf seine Pferde kommen und eins davon zunicht gemacht, daß es gestorben, begehret Erkenntnis und Erstattung. Beklagter dagegen: Klägers Pferd sey oft zu den seinigen gekommen, daß kein Schaden geschehen, der Hengst wäre auch so überaus muthig nicht gewesen, Klägers Pferd wäre ohne das schlimm und krank gewesen, daß es sonsten wohl könnte gestorben seyn, so hätte auch Kläger seinen Frieden besser gemacht

haben (seine Einfriedigung besser herrichten sollen), daß kein Schaden dadurch geschehen, über das hätte (sei) der Hengst je und allewege loß und er den Pferden ohne Schaden gegangen.

Eingebracht:

Weil der Hengst ohne Schaden unter den Pferden in der Weide loß gegangen, auch durch Klägers seinen Zaun oder Friede gekommen, also mögte der, dem Schaden geschehen, denselben tragen.

Kläger ist nicht friedlich, begehrt, daß Zeugen hierüber gehört werden mögen, daß sein Friede unsträflich gewesen, sein Pferd gesund und der Hengst dasselbe umgebracht habe.

Nr. 27.

Landgerichts-Protocoll vom 30. October 1615.

Tönjes Bahr von Verden, Kläger ctr. Gerd Schmid Beklagten und Consorten.

Kläger zeigt an, daß seine Base die alte Bahrsche verstorben, derselben Erb und Verlassenschaft Beklagte an sich genommen, weil er aber auch Blutsverwandter, gehörte er mit zur Erbschaft und begehrt seinen Antheil.

Diese Erbschaft rührt von einer Rechtfertigung her, wobei sie die Urtheil erhalten, Adelheid, Johann Wohlers Wittwe hat ein Drittheil davon erhalten, Klägers Mutter ist dieser Wittwe seeligen Manns Schwester Sohn, begehrt seinen Part von der Wittwe, Wittwe Beklagtens sagt: habe zu Ausführung der Sachen nichts zugeschossen, Kläger zeigt eine Rechnung seiner Eltern Zuschuß auf 25 rl. 37½ gt. haltend.

Darauf gefragt und eingebracht:

Weil Kläger Mutter Beklagtin Manns Schwester gewesen, daß gehörten sie gleich nahe zu den Gütern und sollen sich darin theilen, was Beklagter mehr zu ihrer Rechtfertigung vorgeschossen und bewiesen worden, wäre billig daß Kläger den Nachschuß thäte, oder sich an der Erbschaft kürzen ließe.

Nr. 28.

Landgerichts-Protocoll vom 30. October 1615.

Juraten der Kirche Wechold ctr. Claus Schmidt.

Klägern lassen einbringen, daß die Kirche in Lübbert Neumeiers Hofe vermöge Obligation datirt Anno 1588. 77 rt. Capital stehen hätte, annoch nach der Hand auf unterschiedene Verschreibungen darzu ausgeliehene 40 rtlr. worauf über 60 rtlr. Zinsen aufgeschlagen, und wäre ihnen ein Unterpfand, der alte Kamp genannt, versetzt, welches Unterpfand Beklagte possedirte und wegen gleichen Geldern in Neumeiers Hofe gebrauchte, zumahlen aber ihre Verschreibung

älter, die Kirche auch billig nicht verkürzet werden müßte, also begehrten sie daß der Kirche der Kamp möge abgetreten und, bis die Gelder erlegt, gebraucht werden möge.

Beklagte sagt, er habe 200 Rthlr darin, sei vom vorigen Amtmann Locken vor 7 Jahren immittiret, könne selbiges nicht abtreten, bis er seine Zahlung erlange, zu dem hätte er sowohl vom Gutsherrn, dem Priester zu Bücken, als Amts Consens.

Gefragt:

Wer von diesen Creditoren der nächste, ob die Kirche zu Wechold, so die älteste Verschreibung, oder Claus Schmidt, so in Possession auch Consens in Händen, bei der Possession gelassen, oder entsetzt werden solle?

Eingebracht:

Weil die Kirche billig das ihrige sollte haben, der andere in Possession, auch Gutsherrn und Amtsconsens, über das der alte Kamp jetzo in drei Theile abgefriedet, als werde für gut angesehen, daß beide Partheien sich darin theilen und zugleich genießen sollen, die nachständigen Zinsen, so die Altaristen durch Nachlässigkeit aufschlagen lassen, mögten sie nach der Hand sehen, daß sie bezahlt werden mögten.

Nr. 29.

Landgerichts-Protokoll vom 30. October 1645.

Gefragt:

Ob der Halbbruder oder volle Schwester der nächste Erbe der Verlassenschaft sey?

Eingebracht:

Daß die Vollschwester oder deren Kinder seyn die nächsten zu der Erbschaft.

Nr. 30.

Gerichts-Protokoll vom 10. November 1645.

Wird gefragt:

Wenn ein Mann stirbt und lasse eine Wittwe und Kinder nach, die Wittwe schreite zur andern Ehe, ob die Güter, so vom Vater herkommen, den rechten Erben, so aus erster Ehe gezeugt, zukommen, und wie hoch die Mutter auszusteuern, oder aber ob die Mutter justo titulo die Güter behalten und der Sohn abgetheilt werden könne?

Eingebracht:

Die Bürger hätten erkannt, was die Frau an Heirathsgeldern eingebracht, gebührte ihr doppelt heraus, im übrigen bleibe die Erb-

schaft bei dem Kinde erster Ehe und müßte auch daraus bis zu seinen mündigen Jahren billig mäßig verpfleget werden.

Nr. 31.

Gerichts-Protokoll vom 9. April 1646.

Die Juraten der Kirche zu Bücken begehren eine Frage: wer der Kirchen Korn-Zinse zu geben schuldig, ob derselbe solchen selbsten einliefern, oder abgeholt werden müßte?

Das Gohe erkennt, wer seinen Gutsherrn schuldig, müsse es selbsten demselben einbringen.

Nr. 32.

Gerichts-Protokoll vom 29. October 1646.

Johann Müller, Kläger, contra Harm Windhorst, Beklagten.

Kläger producirt ein Schreiben, von beiden Theilen unterschrieben, worin Beklagter seinen Vetter und Mündling Albert Windhorst bei Klägern verdingt, daß er ihm das Drechsler-Handwerk sollte lehren, wobei ihm versprochen 9 Rthlr zu zahlen, und ob er wohl einen andern Jungen hätte bekommen können, hätte er sich doch zu diesem verlassen und sonsten keinen annehmen wollen, anjetzo werde ihm der Junge vorenthalten, und er hierin hintergangen, bittet darauf zu erkennen. Die Urtheilträger der Gohe befragt, bringen ein: Der den Jungen verdingt, sei schuldig dem Meister Lieferung zu thun oder die versprochenen Lehrgelder zu zahlen.

Nr. 33.

Landgerichts-Protokoll vom 30. October 1646.

Adelheid Dietrich Bödekers Ehefrau, Klägerin, gegen Dietrich Lohmann, Beklagten.

Klägerin läßt anzeigen, daß Beklagter ihr mit Brantschatzgeldern verhaftet, welche sie gültig nicht erhalten könne, bittet zu erkennen.

Beklagter: Er habe seine Schwester zu Klägerins Bruder in den Hof gegeben, so mit ihrem Manne nur von Martini bis Fastabend gebettet und darauf gestorben. Der Mann sei hernach auch des Todes verfahren und dadurch habe Klägerin den Hof geerbt. Hielte sich nicht schuldig zu bezahlen.

Darauf gefragt und eingebracht:

Weil keine Erben von den Verstorbenen nachgeblieben und Klägerin den Hof in Besitz hätte, wäre Beklagter nicht schuldig, ihr Brautschatz zu zahlen, sollte ihm aber ein solches aufgedrungen werden, so wäre Klägerin schuldig, die Güter so ihr Bruder verlassen, und Klägerin possidirte, mit Beklagten zu theilen[5]).

---

7) Bei dieser Entscheidung haben die Gohleute nach ihrem Billigkeitsgefühle, nicht aber nach den Grundsätzen des Meierrechts geurtheilt. Der Fall liegt

Nr. 34.

Landgerichts-Protokoll vom 15. März 1648.

Heinrich Heymanns Wittwe contra Gödeke Thalmann, Beklagten.

Klägerin läßt einbringen, daß des Beklagten Sohn mit der Klägerin Pferden abgewichne Erndte im Herrndienst gewesen; wie er nach Hause sich wieder begeben, hätte er die Pferde auf dem Hilgermißer Felde ausgespannt und ungeschlossen gehen lassen, auch dies Klägerin nicht angemeldet, daher ihr nun das beste Pferd in der Nacht gestohlen. Bittet um Erstattung.

Beklagter:

Daß ihm der Wagen in Ubbendorf zerbrochen, er auch früherhin gesehen, daß Klägerin Pferde oft ungeschlossen auf dem Felde gegangen, so hätte er nach seiner Verrichtung dieselben auch gehen lassen, könnte nicht dawider, daß es unglücklich abgegangen.

Hierauf gefragt und eingebracht:

Weil nicht der Wirth selber, sondern der Sohn, so annoch unmündig, bei dem Wagen gewesen, und es nicht besser verstanden, sollten beide Theile den Schaden gleich tragen.

Nr. 36.

Landgerichts-Protokoll von demselben Tage.

Nochmalen gefragt:

Wenn ein Knabe von 16 (26?) Jahren etwas verschenkt, ob solches beständig und ohne Vorwissen des Gutsherrn könne für Recht gehalten werden?

Das Gericht erkennt:

Wenn dem Gutsherrn hieran nichts abginge, könnte ein Knabe von 26 (16?) Jahren sein Erbtheil verschenken, und sein Jus einem Andern auftragen

---

nämlich so. Der Beklagte hat seiner Schwester eine Aussteuer ausgelobt aber nicht bezahlt, da diese und ihr Mann bald nach der Verheirathung gestorben. Der Mann, welcher später starb, erbte aber die Güter der Frau nach der Regel: längst Leib längst Gut; die Klägerin trat darauf als Erbin in alle Rechte ihres Bruders. Da nun der Brautschatz in der Regel zugleich eine Abfindung aus dem väterlichen Vermögen ist, da außerdem diese dos nicht dem Manne, sondern dem Meierhofe inferirt und mit diesem so eng verbunden wird, daß der Tod allein sie nicht wieder von demselben trennt, sondern Lösung des Meiernexus, so hatte Klägerin ein Recht zu fordern, daß ihrer Stelle auch der vom Beklagten versprochene Brautschatz inferirt wurde. Was die Gohe am Ende noch von einer Theilung spricht, widerspricht nicht nur dem Principe der Untheilbarkeit, sondern ist auch sonst dem Rechte nicht gemäß.

Abermals gefragt:

Weil der, dem ein solches Gut aufgetragen, in 25 Jahren den Gutsherrn nicht ersuchet, indem ein Anderer zu zwei verschiedenen Malen die Güter verweinkauft, welcher Theil von Rechtswegen zugelassen werden könnte?

Erkannt:

Der Knabe als rechter Erbe, welcher den Blutsfreunden durch eine donation den Hof aufgetragen, bleibe bündig und hätten diejenigen, so Weinkauf den Gutsherrn gegeben, dessen von den Gütern billig genossen. Des Gutsherrn Bevollmächtigter appellirt hievon stante pede mit Reservation aller rechtlichen Behelfe, begehrt daneben Copia der Donation und des Goherkenntnisses [6]).

Nr. 37.

Landgerichts-Protokoll vom 15. März 1648.

Gefragt:

Heinrich Klinker, Johann Klinker, Bruder, Anna, Schwester.

Heinrich ohne Leibeserben verstorben, Johann und Annen zu Erben hinterlassen, Johann Klinkers Kinder besprechen die Erbschaft als Hermann, Mette und Gesche, Bruder und Schwester; diese Mette mit ihrem Manne nehmen sich die Erbschaft an, mit Vorwenden, haben es von ihres Vater Schwester Anne gekauft, Anne und Johann sind beide auf dem Hofe ausgesteuert, ehe und bevor Heinrich gestorben.

Gerichtsleute erkannt und eingebracht:

Weil Heinrich Klinker verstorben ohne Leibeserben, Johann und Anne im Leben bleiben, succedirte der Bruder vor der Schwester successive des Bruders Sohne nach Meierrecht.

Nr. 38.

Landgerichts-Protokoll vom 15. März 1648.

Johann Geils, Kläger, contra Wöhlke Schmidt, Beklagten.

---

6) Der Fall ist folgender: A. der 26 oder 16 Jahr alt ist (einmal muß ein Schreibfehler im Protokoll vorkommen) verschenkt seinen Meierhof ohne Genehmigung des Gutsherrn an B. Diese Schenkung wird für gültig erkannt. Nun ist aber B. durch irgend einen nicht näher angegebenen Umstand, nicht in den Besitz des Hofes gekommen, sondern ein Dritter C. hat ihn verweinkauft, und dessen Erbe nochmals verweinkauft. Nach 25 Jahren tritt nun erst der Schenknehmer klagend auf, während der Gutsherr den Besitzer vertritt. Die Gohe scheint für den Beschenkten erkannt zu haben, und ist dieß das in Appellationsinstanz abgegebene Erkenntniß, wogegen Beklagter und der Gutsherr an die Canzley appelliren.

Clara Sassen ein Sohn verlassen, so verstorben, seine Verlassenschaft hätte Beklagter allein an sich gezogen, da er doch Miterbe wäre.

Claren Sohn, Reimer Landtröde, ist Beklagten Halbbruders Sohn. Klägers Frauen, Vater Reimer Sasse und Clara Reimer Landtröden seyn Bruder Kinder gewesen.

Hierauf gefragt und eingebracht:

Weil von der Spillseiten keiner näher als Kläger, sey der nächste Anverwandte an der Schwerdtseite, sonderlich weil es Halbbrüder, den andern etwas herauszugeben schuldig und hätten sich gütlich zu vergleichen.

Beklagter ist damit nicht friedlich, appellirt stante pede, Kläger protestirt von verursachten Unkosten.

Nr. 39.

Landgerichts-Protokoll vom 15. März 1648.

Heinrich Segelken, Kläger, contra Heinrich Seling, Beklagten.

Kläger bringt ein, daß sein Bruder von der Stelle, so er jetzt im Besitz, einen Kamp Landes für 28 Rthlr á 55 grte verkauft, wäre nicht allein ultra dimidiam laedirt, besondern müsse auch Zins und alle Auflagen davon entrichten, also könnte er den Kauf nicht gestatten.

Beklagter producirt Amts-Consens Anno 1608 datirt, daß der Kauf confirmirt und andere Länderei dagegen eingelöset.

Darauf gefragt und eingebracht:

Daß es verjähret und nunmehro kein Nachfragen, hätte seine Sache müssen eher beobachten.

Nr. 40.

Landgerichts-Protokoll von selbigem Tage.

Wenn ein Meierhof am Gohgericht einem zuerkannt, ein anderer aber dawider an das Landgericht appellirt, solches aber 18 Jahre vorbei passiren lassen, ob er wider solches Erkenntniß könne gehört werden?

Eingebracht:

Weil derselbe die Appellation nicht verfolgt, wäre er nicht zuzulassen.

Nr. 41.

Gohgerichts-Protokoll vom 24. October 1649.

Heinrich Ploer contra Tibe Ruß, daß er ihm in seinem Busch einen Eichbaum ganz abgestümmelt und verdorben. Ruß bezüchtigt Jobst Bredemeyer. Hiergegen sagt Bredemeyer: er habe Ruß dabei befunden und besprochen.

Die Gohe befragt, welchem am besten zu trauen?

Eingebracht:

Getrauten Jobst Bredemeyer mehr als Nuß.

Ist condemnirt den Baum zu bezahlen und 1 Thaler Strafe.

Nr. 42.

Gerichts-Protokoll vom 25. October 1649

Gefragt:

Weile Dietrich Bartels für Gerichte citirt, sich aber absentirt und muthwillig ausbleiben, zu erkennen, ob man ihm Dilation zu geben oder zu bestrafen und rechtlich zu verfahren schuldig sey?

Eingebracht:

Das Gericht könne nicht aufgehalten werden, stünde bei dem Gerichtsherrn, womit der absente zu bestrafen oder zu begnaden wäre.

Nr. 43.

Gerichts-Protokoll vom 31. October 1649.

Das Goh gefragt: es befinde sich, daß ein Priester etzliche Schuld verzeichnet, und, wie das Verzeichniß vermeldet, auf des Vatern und ältesten Sohns Begehren sei eine Summe Geld aufgenommen; anjetzo wären die Erben die Halbscheid solcher Summe geständig. Zu erkennen, ob des Priesters Hand, so er agnoscirt, solle Glauben beigemessen werden, Zeugen als Johann Bornemann sei todt, einer aber annoch im Leben, so es in Zweifel ziehet und nicht Gewisses davon reden wolle, wie weit ein und andern zu trauen oder ob mit einem Eide sich die Erben, deß ihres Wissens selbige nicht mehr als ihrer Aussage nach schuldig, sich zu purgiren schuldig.

Eingebracht:

Es seye dem Gohe schwer sich hierin zu finden, mit Begehren, daß es auf das Landgericht mögte verschoben und die Partheien dahin verwiesen werden.

Nr. 44.

Landgerichts-Protokoll vom 1. December 1646.

Gefragt:

Weil kein Beweisthum oder Amts-Consens vorhanden, daß solche Länderei von der Brinkstelle veralienirt, gleichwohl solche Stelle die onera völlig müsse abtragen, ob solcher Kauf bündig?

Gerichtsleute erkannt: weil weder des Gutsherrn Consens noch einige briefliche Urkunde vorhanden, sey der Contract null.

Nr. 45.

Landgerichts-Protokoll vom 15. März 1648.

Meyer zu Wechold, Kläger ctr. Johann Kracken, Hans Gülicher, Albert Bohemann, Bartold Müller Beklagte.

Kläger läßt einbringen, daß sein seeliger Vater Anno 1624 Albert Ockelmann 220 rtlr. a 53 grt. vermöge producirter Obligation geliehen, wofür ihm ein Unterpfand am Schlichting, die Wetterkamp genannt, verpfändet, und über das Beklagte 4 Bürgen nach Inhalt obligationis einer für alle und alle für ein wirklich gestellt, auch von allen Theilen angenommen, sintemal nun Kläger von seinen creditoren hart angestrengt und zu zahlen in ihn gedrungen worden, als sey verursacht, den Bürgen ein gebührliche Lose zu thun, in Hoffnung die Zahlung zu erlangen, weil aber selbige allerhand widerrechtliche Ausflüchte und Einwürfe suchen, also bittet er mit dergleichen Beklagte abzuweisen und zur Zahlung von Rechtswegen anzuhalten.

Beklagte lassen durch Stollen berichten: sey Kläger aus diesen Ursachen keine Bürgschaft geständig, daß Böse den Ockelmannschen Hof von den Gutsherrn an sich gebracht, derselbe hätte ohne contradiction des Meyers Unterpfand an sich genommen, worauf der Meyer keine Bürgen besprochen, besondern nach Zelle an Fürstliche Canzlei geklaget und wieder in sein Unterpfand zu setzen begehrt, so er auch erhalten und immittirt worden, wären dahero weil sie damals nicht besprochen, anjetzo zu keiner Bürgschaft zu ziehen, besondern hätte er sich nunmehro bloß an sein Unterpfand zu halten.

Kläger ist keiner immission geständig, habe auch der Bürgen sich niemal begeben, sondern auf allen Nothfall von ihnen Zahlung gewärtigt zu seyn vorbehalten, darauf er den Bürgen auch die Lose mehr den einmal intimirt, auch vielmal der Nichtzahlung sich beschwert, bittet ein Urtheil zu Recht.

Gefragt:

Ob die Bürgen mit dieser ihrer vorgedachten Exception können frei gelassen, und der Bürgschaft losgesprochen werden.

Eingebracht das Land erkannt:

Weil Kläger unbesprochen der Bürgen nach Zelle geklaget, auch sein Unterpfand zu recht daselbsten erhalten, hätte er sich billig daran zu halten, und die Bürgen ferner nicht zu besprechen.

Wider solch widerrechtliche Erkenntniß protestirt Kläger, und sei den Gerichtsleuten nicht recht vorgebracht. Berichtet daneben, daß Ao. 1629. 31 und 1632 die Bürgen nicht bei ihren Höfen gewesen, besondern alles wüste gestanden, unterdessen der Gutsherr Quiter den Hof an Heinrich Bösen verkauft, darbei sowohl er für sich als die Bürgen vigiliren und ein mandatum manutenentiae auswirken müssen, dahero sich keiner der Bürgschaft kann entziehen, viel weniger er selbige zu erlassen schuldig sey, mit Vorbehalt, daß

in Obligatione erwähnet, daß die Bürgen sich aller Exception und Rechtsbehelfe ausdrücklich renuncirt und sich deren begeben haben.
Beklagte Bürgen negiren den Zustand, sagen es sey damals besser als jetzt auf ihren Höfen gestanden.

Nochmals gefragt:

Weil sich die Bürgen aller Rechtsbehelfe verziehen haben, auch wie vorgesetzt der Bürgen Höfe ledig gestanden, ob ihnen denn solche Ausflüchte können zu gute kommen.

Eingebracht:

Das Gohe bleibt bei vorigem, hätte er Kläger das Unterpfand fahren lassen, und sich an die Bürgen gehalten, hätten sie zahlen müssen, wären jetzt nicht schuldig.
Kläger Meyer kann nicht umhin von solchen repetirtem widerrechtlichen Bescheid an reverendissimum serenissimum stante pede zu appelliren.

Nr. 46.

Landgerichts-Protokoll vom 5. Juni 1650.

Franz Philipp Schmeding c. Christian Heutz.
Kläger zeigt an, daß sein Bruder eine freie Feuerstelle an den Beklagten für 60 rtlr. verkauft, darauf ein Pfand bekommen. Es hätte aber sein seliger Vater 150 rtl. dafür bezahlt. Käufer begehrt den Kauf zu retractiren, da er näher wäre zum Kauf.
Beklagter: Er habe vor vier Jahren vor Bürgermeister und Rath den Kauf öffentlich geschlossen, verhoffe der Kauf würde bündig erkannt.

Das Gohe hierauf befragt und erkannt:

Weil Kläger außerhalb des Landes gewesen und jetzt den Kauf retractirt, hatte er die Kaufgelder wieder zu erlegen und gute Macht seines Vaters Erbgut wiederum an sich zu nehmen.
Burgermeister als Assessores contradiciren der Urtheil in so weit, weil er die Güter selbst nicht gedächte zu gebrauchen, besonders in fraudem retractum anstellen wolle, also bliebe der Kauf mit Beklagten beständig und könne nicht retractiret werden.
Kläger ist mit dem Letzten nicht zufrieden, reservirt seine Rechte.

Nr. 47.

Protokoll vom 5. Juny 1650.

Wenn einer eine Frau (Wittwe) ohne Ehestiftung heirathete, auch kein Testament gemacht, wie es alsdann, wenn einer oder der andere verstürbe mit der Erbschaft, es wäre Stiefvater oder Stiefmutter, betreff der Stiefkinder zu halten? und auf was Weise die Theilung anzustellen?

Eingebracht:

Wenn kein ander Zeugniß oder Beweis, hatte der Stiefvater oder Mutter auf den Todesfall mit den Stiefkindern des abgelebten Güter zu Kindestheil gleich zu genießen, ohne was ein Jeder für seine wohlerworbenen Güter hätte. Dafern der Lebende des Abgelebten Erbe sein solle, werde eximiret und bliebe außerhalb Theilung.

Nochmals eingebracht, daß Kleider, Kleinodien, Wollen, Leinen, Baarschaft in die Theilung gehören.

Die Assessores die Urtheil in soweit declarirt, daß Mutter Kleider und Schmuck zu ihrem Leibe gehörig, den Töchtern allein verbleibe, das Uebrige gehöre in die Theilung.

Hierauf Gericht decretirt: daß Christian Henz ein Inventarium bonorum sollte vermittelst Eides herauszugeben schuldig sein.

Nr. 48.

Landgerichts-Protokoll vom 5. Juny 1650.

Jacob Barkhausen ctr. Jürgen Schröder.

Kläger läßt einbringen, daß seiner Frauen Halbbruder Johann Meyer so den Hof zu Haßbergen, worauf sie geboren, mit Frau und Kinder verstorben, wüst verlassen, welchen Kläger wegen seiner Hausfrau als aus dem Hofe geboren und von ihrer leiblichen Mutter herrühre, so ihrem Vater darauf gefreiet, und daß letzten Erbpächters (?) Halbschwester den Hof wiederum angenommen, vom Gutsherrn verweinkauft, etzliche Jahre die Contribution und andere Unpflichten sowohl dem Gutsherrn die Gebühren abgestattet, jetzt hätte sich Klägers Hausfrauen Stiefvaters Bruder Tochter unternommen, den Hof an sich zu ziehen, und ihm ohne Ursache daraus zu setzen, worauf das Gohe befragt.

Eingebracht:

Weil Jacob Barkhausen den Hof verweinkauft und die Beschwerung davon abgetragen, wäre billig bei den Gütern zu schützen, zu dem wäre Klägers Hausfrau nach dieses Orts Gewohnheit, dem Angeben nach, die nächste Erbin zu dem Meierrechte an diesem Hofe, dafern der Gutsherr keine erhebliche Ursache, denselben abzutreiben.

Beklagten Anwalt, Bürgermeister zu Drakenburg appellirt stante pede von dem eingebrachten Urtheil. Das Gericht läßt es bei eingebrachtem Urtheil bewenden.

Den 13. März anno 1651 Kläger wieder erschienen und angezeigt, daß diesem Urtheil kein Genüge geschehen, die Gutsfrau hätte sich gütlicher Handlung unternommen, so aber nicht vollzogen, ist nochmals der Bescheid: dafern die Gutsfrau gütlich die Partheien nicht

von einander setzen werde, daß alsdann es bei dem ergangenen Urtheil verbleibe, er Kläger auch von Rechtswegen bei der Possession zu schützen, bis vom Beklagten und Appellanten ein anders eingebracht werden kann 2c.

Ldrost und Amtmann.

Nr. 49.

Landgerichts-Protokoll vom 5. Juni 1650.

Das Gohe befragt:

Weil Margarethe Klägers Frauen Vater Schwester gewesen, so zu Beklagten Halbbruder auf den Hof kommen, beide ohne Leibeserben verstorben, Margarethe die letzte, der Halbbruder untermaßete sich der Erbschaft, hätte auch 26 Jahre den Kothen in Besitz gehabt, die letztabgestorbenen Freunde vermeinen die nächsten Erben zu seyn, was dieserwegen Landesgebrauch?

Eingebracht:

Daß beide Theile gleich Erben zu der Stelle seyn; wer selbige annehmen wollte, müße dem andern herausgeben; der Halbbruder wäre nicht abgetheilt, derowegen als der in der Stelle geboren nicht könne enterbet werden, dafern aber die Stelle von beider Seits Freundschaft könne besetzt werden, erachtete das Gohe fürs Beste. Wird acceptirt.

Nr. 50.

Landgerichts-Protokoll vom 5. Juni 1650.

Das Gohe gefragt:

Daß sich etzliche Erben, an einem Hofe, so gleichen Grad einander verwandt angeben, eine hätte durch eine Donation die Erbschaft an sich genommen, andere suchen ihre Quoten, was ein jeder für Recht an den Hof?

Eingebracht:

Daß die Gohe erkannt, dafern ein Testament, daß ihm das Erbe geschenket, oder mit lebendigen Zeugen beweisen, er Testator auch verweinkauft, bleibe es billig dabei, widrigenfalls bleibe die Erbschaft bei der Schwerdtseite, müßte aber den andern herausgeben.

Nr. 51.

Landesgerichts-Protokoll de eodem dato.

Albert Nordholz Kläger ctr. Albert Fuhlenriede Kläger bringt ein, daß Beklagter von seiner Stelle einen Ortwiesenland von ein halb Fuder Heu, so er Kläger gekauft und Beklagtens Vater wiederum überlassen, unterhanden, wäre aber unbezahlt, begehrt Geld oder seine Wiese wiederum.

Beklagter resp. daß sein Vater Klägern seines Bruders Stelle über-

lassen, und diesen Ort in den Kauf beschieden, damit er eine Wasserzucht von seinem Lande haben konnte, Kläger hatte selbst den Ort abgezeichnet, und seinem Vater überlassen, hätte Kläger zu beweisen, daß der Kauf geschehen, und wie viel dafür ausgesaget, wäre Beklagter schuldig zu zahlen, hätte es 14 Jahre in ruhsamer possession gebraucht.

Hierauf das Gohe gefragt, eingebracht.

Weil Kläger selbst den Ort abgestochen, und vor 14 Jahren denselben abgetreten, hätte er den Kauf machen sollen oder beweisen, was ihm dafür zugesagt, sonsten nicht praesumirlich, daß ihm etwas schuldig bleiben oder zu zahlen gebührte.

Nr. 52.

Landgerichts-Protokoll vom 5. Juni 1630.

Das Gohe gefragt:

Zu erkennen, ob Eheleute nach ein oder des andern Absterben einander beerben?

Eingebracht:

Wann die Ehe bestätigt, erbt nach dieses Landes Gebrauch einer den andern, und heiße längst Leib längst Gut.

Nr. 53.

Landgerichts-Protokoll vom 5. Juni 1630.

Das Gohe befragt:

Weiln in der Eheberedung enthalten, daß die Kinder letzter Ehe mit den ersten gleich ausgesteuert werden sollen, der Hof ist auf 24 Jahr dem Stiefvater eingethan, hernacher sollte er auf die Leibzucht; was er erwerben könnte, sollte er mit auf die Leibzucht nehmen, hätte aber so lange nicht gelebt, sondern 8 Jahre vor der Mutter gestorben, quaeritur: ob dieser Halbschwester ein mehreres als den Kindern erster Ehe aus dem Hofe gebühre?

Eingebracht:

Weil der Mann zu der Frau auf dem Hofe gekommen, auch 200 Rthlr darin versprochen, so zu des Hofes Besten bleiben sollten, dabei verabschiedet, daß beider Ehekinder gleich von dem Besitzer des Hofes ausgesteuert werden sollen, als bleibe es billig dabei, insonders weil der Stiefvater vor der Mutter Todes verfahren, wären die sämmtlichen der Mutter Kinder gewesen, daher eine sowohl als die andere der Erbschaft, wie zu der Zeit die Habseligkeit befunden, zu genießen hätte.

Das erste, daß die Stieftochter sollte ausgesteuert werden, acceptiren Gevollmächtigte ex parte, im Uebrigen den Nachlaß des Vaters betreffend, wollen sie bester Form Rechtens appelliret und alle rechtliche Nothdurft vorbehalten haben.

Nr. 54.

Landgerichts-Protokoll vom 26. Juni 1651.

Gefragt:

Weil Dietrich Ahnemann gestorben, habe einen leiblichen Bruder Gerd hinterlassen, so sich der Erbschaft allein bedient, ob nicht dessen Schwester Anna Rengstorf Kinder so nahe zur Erbschaft als Gerd und dessen Kinder?

Bringen ein:

Weil die Schwester Anna vor dem Bruder Dietrich gestorben, sei der lebendige Bruder Gerd näher als der Schwester Kinder. Assessores contradiciren den Urtheilsprechern, daß die Kinder in der Mutter Stelle Erbschaft fähig sein.

Anmaßen Successor Bartels sagt, daß sein Antecessor und er in Zeit von 15 Jahren nicht besprochen, er hierum keine Wissenschaft habe, als begehrt er Dilation, damit er sich erkundigen und ob Documente vorhanden, beischaffen könnte.

Soll allerseits ihre Sache schriftlich eingeben und gütlicher oder rechtlicher Decision beim Amte gewärtig sein [7]).

Nr. 55.

Gerichts-Protokoll vom 25. Juni 1651.

Urtheilträger gefragt:

Weil ein Bruder ein Haus in der Erbschaft zugefallen, woraus der Schwester zu ihrem kindlichen Antheil 30 Rthlr versprochen, so ihr nicht gezahlt, nicht weniger hätte der Bruder von einem Fremden geliehen, das Haus verunterpfändet, quaeritur, ob die Schwester als die älteste Schuld ihre Gelder solle entrathen, und der so letzt in das Haus verschrieben, das ihrige vorabziehen lassen solle.

Eingebracht:

Der Schwester Schuld als 30 Rthlr sollen von rechtswegen vor andern gezahlt werden, weil aber die Schwester Wittwe Rolffsche auf Absterben ihres Bruders sich als eine Erbin seines Nachlasses angenom-

---

7) Innerhalb nicht voll 10 Jahre hat sich also die Rechtsansicht der Beisitzer völlig geändert, und sich dem römischen Rechte zugeneigt, während das Gohe noch am deutschen Recht klebt. Der Beklagte hat noch die Absicht, sich auf die Verjährung von 10 Jahren (s. Nr. 58) zu beziehen, und bittet deßhalb um Frist; allein diese wird ihm wahrscheinlich nicht viel geholfen haben, denn das Amt zieht die Sache zu seiner Competenz, und da ist es unzweifelhaft, daß die Schwester-Kinder so gut zur Erbschaft gelassen werden, als der beim Tode des Erblassers noch lebende Bruder.

men, wäre sie auch die Schuld zu bezahlen verobligirt. Ferner gefragt: weil die Bürger gefunden, daß sie ihres Bruders Erbin worden, müßte auch bewiesen werden, was sie genoßen, und ob ein mehreres es austragen konnte, als die 25 Rthlr, so sie gezwungen in Bremen zahlen zu müssen.

Ist allen Umständen nach verabschiedet, daß solch Haus quaestionis soll verkauft, der Rolffschen ihre 30 Rthlr vorab sollen ausgefolgt, auch was beweislich von ihrem Bruder empfangene Erbschaften den 25 Rthlr Geldern decortirt, was ferner übrig, beiden Theilen nach Proportion vertheilt werden.

Nr. 56.

Landgerichts-Protokoll vom 26. Juni 1651.

Das Land gefragt:

Weil ein Hof, wovon die Frau abgetreten, schon wieder gefreiet, zwar ihr Meierrecht nicht aufgekündigt, nachgehends aber zur dritten Hand verweinkauft, quaeritur, ob die Frau anjetzo, was für 21 Jahr wie das Haus abgebrannt ist, sich abgegeben, was an Vieh und Mobilien vorhanden, mit sich abgenommen, etwas sollte auf des ersten Gutsherrn Consens aus dem Hofe gegeben werden?

Eingebracht:

Was der erste Gutsherr bewilligt, konnte ohne des andern Schaden von dem Hofe gefolgt und gezahlt werden, wäre billig was beweislich sie ihres Abstandes halber zu contendiren.

Des Gutsherrn Verwalter zeigt dagegen an, daß Klägerin mehr vom Hofe abgenommen als eingebracht, wolle auf allen begebenden Fall nomine seiner principalen stante pede et viva voce in optima forma appellirt haben.

Nr. 57.

Landgerichts-Protokoll vom 26. Juni 1651.

Gefragt:

In Schuldsachen ein Pferd gepfändet, so 2 Tage im Pfandstall gestanden, krank worden und hernach bei dem Schuldner auf Relaxation gestorben, ob dem debitori oder creditori der Schaden?

Eingebracht:

Dieweil Mißverstand hierunter vorgefallen, ob das Pferd gesund oder krank in den Pfandstall gekommen, als wäre erkannt, daß jeder Theil den halben Schaden sollte stehen. Beklagter erbietet sich zu beweisen, daß das gepfändete Pferd krank gewesen, auf solchen Fall wird der Urtheil widersprochen und der Beweis angenommen. Produciret Zeugen: Herrmann Bornemann und Johann Castens zu Warpe.

Zeugen einhellig, daß als Kläger das Pferd dem Beklagten in Zahlung präsentirt, hätte er gesagt: das Pferd wäre nicht nütze, möchte wohl krank seyn und bald sterben, begehrte es nicht.

Nr. 58.

Landgerichts-Protokoll vom 26. Juni 1651.

Dietrich Vogelsang contra Johann Hemking.

Kläger durch Vorsprachen, daß seine Frau und ihr erster Mann Beklagten eine Nothstelle für 90 Rthlr verkauft, hätte nicht mehr als 28 Rthlr bezahlt, übrigens wären sie schuldig, hätte vor 16 Jahren darum gemahnet, sich auch Beklagter vor Ostern erklärt, wolle seinen Bruder zu sich fordern, in den Ostern kommen und mit Kläger sich vergleichen, jetzo wollen sie alles verleugnen und nicht mehr als 5 Rthlr geständig seyn. Beklagter dagegen, daß sie nicht mehr als 5 Rthlr geständig wäre, auch 35 Jahre, daß der Kauf geschlossen, wären auch ohne Zweifel die Kaufgelder bezahlt.

Gefragt:

Weil so lange Jahre keine gerichtliche Ansprache geschehen, die Käufer keine Kaufbriefe oder Quittungen vorzubringen, 5 Rthlr aber vom Kauf geständig, was Rechtens?

Eingebracht:

Es wäre Landrecht zehn Jahre binnen Landes, 20 Jahre außer Landes, 30 Jahr über See und Sand, weil es in der Zeit nicht besprochen, wäre die Schuld verjähret.

Nr. 59.

Gerichts-Protokoll vom 31. März 1652.

Gerd Castens contra Johann Brüning.

Kläger beschwert sich, daß er einen Hengst in der Weide gehabt, so in Beklagtens Weide gesprungen, und wegen des schlechten Zauns sich gestakket und umkommen, begehrt Erstattung.

Beklagter zeigt an, sey nicht schuldig für muthige Hengste zu zäunen, wäre auch ungewiß, ob der Schade von Klägers eigen Zaun oder von dem seinen herkommen, darauf das Gohe befragt.

Eingebracht:

Wann der Zaun unstrafbar gewesen, daß ander Vieh vorübergegangen, sey Beklagter nicht schuldig Erstattung, oder dergleichen Hengste auf'n Stall zu halten. Bleibt dabei.

Nr. 60.

Gohgerichts-Protokoll vom 1. April 1652.

Das Gohe gefragt:

Wenn ein Vater in seinem Krankenbette durch Pastor und Küster

seinen letzten Willen und Disposition unter seinen Kindern ließe verzeichnen, ob auch ein jeder sich danach zu richten, und dawider nicht zu handlen, schuldig wäre?

Eingebracht:

Was der Vater in seinem Letzten, in guter Leute Gegenwart, als ein Testament verordnet, wären die Kinder schuldig zu halten.

Verbleibt (auf Appellation an's Landgericht?) bei der Erkenntniß.

Nr. 61.

Gerichts-Protokoll vom 6. April 1652.

Die Bürgerschaft gefragt: wann Eltern Kinder ausgesteuert, und ihr Zugesagtes ihnen abgestattet, ob selbige mit den unausgesteuerten können wiederum zu des Vaters Erbschaft gelassen werden?

Eingebracht:

Wann ein Kind ausgesteuert sey, müsse es sich damit contentiren lassen, was ihnen aber von Nebentodesfällen komme und gebühren, bleibe ihnen billig unabgeschnitten.

Nr. 62.

Landgerichts-Protokoll vom 8. April 1652.

Ist durch Urtheilträger ein Urtheil vom Land begehrt:

Daß vermöge Ehe recess Klägers Vater sich auf einen Hof zu einer Wittwe befreiet, die nächsten Verwandten, so auf den Hof zu sprechen gehabt, mit einer Summe Geldes abgefunden, mit reservat, dafern beide Eheleute keine Erben, daß dann von beiderseits Freunden der Hof sollte besetzet werden, der Ehewirth 10 Jahr vor der Frau gestorben, hernach die Frau ebenmäßig und der Schwester Mann den Hof Anno 1617 in Besitz genommen, folgends dessen Sohn Beklagter Anno 1624, so von des Klägers Mutter seiner eignen Bekenntniß nach beschickt, und daß sie auf den Hof zu sprechen, ihm Beklagten anreden lassen, wäre aber bis dato ohne einigen Entgeld bei diesem Kriegeswesen dabei geblieben, quaeritur was Landes-Gebrauch?

Eingebracht:

Daß die drei Gohen absonderlich eine jede einhellig ausgesprochen und erkannt:

Weiln schriftlich durch Amtsconsens bewilligt, daß der Hof, dafern keine Leibeserben von den Eheleuten erfolgten, alsdann mit beiderseits Anverwandten sollte besetzt werden, weiln solches nicht geschehen, Beklagter selbst gestehen müßte, daß er in anno 1624, wie er den Hof angetreten, von Klägers Mutter wäre besprochen, aber solches nicht geahndet, noch mit ihnen sich abgefunden, als

wäre Beklagter schuldig, sich mit ihnen zu vergleichen, oder das eingebrachte Geld wiederum zu erlegen. Dieses wird von den Beisitzern des Gerichts approbiret, und bleibt darbei.

Nr. 63.

Landgerichts-Protokoll vom 8. April 1652.

Das Land gefragt:

Weil keine Obligation vorhanden, Anno 1624 aber 140 Rthlr. à 55 Grote ausgethan, jetzo nur ein Zeuge, so dem Gläubiger mit Schwägerschaft verwandt, und zwei Schwestern in der Ehe habe, ob solches Zeugniß die Schuld genugsam justificire, oder was sonst Landesbrauch.

Eingebracht:

Weil der Zeuge, so in seinem Krankenbette läge und des Lebens nicht sicher wäre, und denn Beklagter Seebade, als beide alte Leute, mit einem körperlichen Eide ihre Aussagen bekräftigten. Dafern sie sonsten nicht verwerflich, wäre es billig für gut erkannt.

Assessores contradiciren: ein Zeuge sei kein Zeuge, so ihnen auch der Zeuge nicht bekannt, könnten nicht approbiren, zumalen über das, daß der Zeuge Thaler, Beklagter aber zu 55 Grote Thaler benennt. Müßten besser Beweisthum vorbringen.

Ist verabschiedet, daß die Zeugen principaliter zum Eide sollen verstattet, und ferner liquidirt werden.

Nr. 64.

Landgerichts-Protokoll vom 8. April 1652.

Das Land gefragt:

Wann einer Waaren austhäte und Land gebrauche, ob endlich bei Abrechnung solcher Nutz des Landes für Zins oder das Capital abgerechnet werden könnte?

Eingebracht:

Wann in einem Rechenbuch wegen Waaren eine Schuldforderung vorhanden, und Unterpfande gebrauche, müsse die Landmiethe abgekürzet, oder ein sonderlicher Contract vorgezeigt, oder bewiesen werden, daß die Schuld zu einem Capital gemacht, und das Land für Zins ausgethan sey. Was übrig(ens) zu erweisen, ist ein oder ander schuldig zu geben.

Nr. 65.

Landgerichts-Protokoll de eod. dato.

Gefragt:

Weiln durch einen schlechten Beweis vom Küster geschrieben, wegen Bürgschaft zu 37 Jahren alt, die Bürgschaft von weiter Schwie-

gerschaft herrührte, so geringer Erbschaften halber Beklagten folgte, was Land-Rechtens?

Eingebracht:

Weil die vermeinte Handschrift mit keinem Namen unterzeichnet, viel weniger mit Zeugen benennet, als konnte damit nicht gemahnt werden, sonsten könnte ein jeder seines Gefallens dergleichen Forderung anstellen.

Nr. 66.

Landgerichts-Protokoll vom 23. September 1653.

Casus.

Ein Vater hinterläßt eine Tochter erster Ehe, und einen Sohn aus letzter Ehe. Die Tochter verstirbt ledig und blos, giebt den Hof einem Verwandten, und geht den Halbbruder vorbei, welchem (dem Andern, dem Verwandten) nachgehends der Hof vom Gutsherrn ist verweinkauft. Ist die Frage, ob der Halbbruder dem Andern zu weichen schuldig?

Die Urtheilsträger bringen ein zu Recht:

Daß der Halbbruder der nächste Erbe sei, der Donation unerachtet; was aber der Verstorbenen zu Gute an Kosten und Verpflegung geschehen, müsse billig von den Erben erstattet und bezahlt werden.

Heinrich Gelestorf bedankt sich der Urtheil, bittet eine Abschrift. Brun Schars acceptirt in quantum; vom übrigen appellirt derselbe stante pede an die Zellesche fürstl. Canzley und bittet Abschrift des gehaltenen Protokolls und der Urtheil. —

Nr. 67.

Landgerichts-Protokoll vom 23. September 1653.

Ehrich Schmidts Erben ctr. Heinrich Meyer zu Hilgermissen.

Kläger prätendiren 100 rtlr. so anno 1614 hätten sollen bezahlt werden, welches nicht geschehen, bittet Bezahlung.

Beklagter weiß von der Schuld nicht, sey in 36 Jahren nicht besprochen und allegiret praescriptionem temporis, und seyen damals noch gute Zeiten gewesen, und inter praesentes die Bezahlung außer Zweifel erfolgt sei, stehet zu rechtlichem Erkenntniß.

Das Gericht bringet ein: weil noch gute Zeiten gewesen, müsse erwiesen seyn, daß gehörende Anforderung geschehen, sonsten wäre das Hoyasche Recht hin, gelten, wenn einländische in zehn Jahren, ausländische in 20 Jahren und so über Sand und Land in 30 Jahren nicht fordern, kein Recht zu sprechen hätten, und daß Kläger die Obligation außerhalb Gefahr an andern Orten verschickt gehabt, und deßwegen ihnen etwas zu nutze kommen konnte, stehet dahin.

Nr. 68.

Landgerichtsprotokoll vom 23. September 1653.

Herrmann Dietrichs c. Herrmann Ahnemann.

Kläger zeigt an, daß er seine Tochter dem Friedrich Ahnemann mit der Kothe übergeben, dieser hatte den Weinkauf verrichtet und sich zum Ehegelobten eingelassen, sei aber kurz vor der Hochzeit des Todes verfahren, als zweifache Proklamation bereits ergangen.

Stellt zu Recht, ob nicht die Braut des Bräutigams Nachlaß zu erben?

Ex adverso wird eingebracht, daß die Person sich nicht gebührlich verhalten, innerhalb 3 Wochen nach einem andern Freier sich umgethan, und jetzo begehrter Erbschaft sich begeben und davon renunciirt.

Das Gericht bringt ein für Recht: wenn beweislich, daß sie nicht die gebührliche Trauer gehalten, und ihrer Ansprache sich begeben, sie jetzo weiter nichts zu sprechen, sonsten hatte sie auf erlangte Verkündigungsbriefe und eingegangenes Ehegelübde nach Hoyaischem Rechte, längst Leib längst Gut, des Bräutigams Nachlaß zu erben.

Nr. 69.

Landgerichtsprotokoll vom 23. September 1653.

Welken Ahlers Wittwe c. Dietrich Bartels.

Klägerin zeigt an, daß sie dem Beklagten 70 rtlr. schuldig gewesen, wofür sie 8½ Himbtsaat Marschland anstatt der Zinsen 62 Jahre in Gebrauch gethan, darauf die Halbscheid jüngst bezahlt. Weil nun die Pension übermäßig, der Hof in Schulden, bittet sie die übermäßigen Zinsen am Capital zu kürzen.

Das Gericht bringt für Recht: daß jedes Jahr, wenn die Länderei besamt, das Himbtsaat ½ rtlr. wenn das Land aber zur Weide gelegen 1 rtlr. jährlich abtragen müssen. Wenn solches abgerechnet und die Pension liquidirt, der Ueberschuß vom Capitale abzuziehen sei.

Nr. 70.

Gohe-Gerichtsprotokoll vom 28. Februar 1656.

Dem Gohe zur rechtlichen Erkenntniß vorgetragen:

Einer findet in seinem Grase zwei zusammengespannte Pferde, davon das Eine ein Hengst. Nimmt die Pferde aus seiner Waide, spannt den Hengst davon, und läßt denselben auf die gemeine Waide gehen, nimmt das andere zum Pfande mit sich. Unterdessen beißt der Hengst ein ander Pferd auf der Waide zu Schaden. Ist die Frage: wer sotanen Schaden tragen solle?

Claus Hoyer, Urtheilsträger von dem Gohe für Recht eingebracht, daß

derselbe, so das Pferd abgespannt und auf der Gemeinheit gehen lassen, den Schaden abtragen und erstatten solle.

Nr. 71.

Gerichtsprotokoll vom 5. Mai 1657.

Das Gohe befraget: wenn ein Zehntmann etzliche Kälber habe, welches unter den Kälbern der Zehntherr zu ziehen, bei Macht sey? Bringen ein, daß die Kälber alle beisammen zu bringen seyn, der Zehntmann ziehe eins als das beste vorab, darnächst hätte der Zehntherr eins zu erwählen oder abzuziehen; welches zu observiren sey, wenn auch 20 oder mehrere auf einem Stalle wären, daß der Zehntmann 1 vorabziehe, bis zu zehn, von den letzten zehn auch eins vorab, et consequenter.

Nr. 72.

Gerichtsprotokoll vom 5. Februar 1658.

Dem Gohe zu erkennen aufgetragen: wann einer eine Obligation in Händen hätte, worinnen loco pensionum gewisses Heu auf eine Wiese verschrieben, selbige Verzinsung lange Jahre nicht erfolget, der Debitor aber des Capitals oder Hauptschuld geständig gewesen und vorwenden wollen, daß der Ort der Wiesen, daraus der Zins erfolgt, an andere für Geld versetzet, welches Geld zu Bezahlung der geklagten Schuld wieder angewandt sei, welches Creditor nicht gestehen wolle, wird gefraget, ob die Obligation gültig sein sollte oder aufzuheben?

Ist zu Rechte eingebracht, daß die Obligation gültig und die Schuld für gestanden zu halten, bis die Bezahlung besser erwiesen worden.

Nr. 73.

Gerichtsprotokoll vom 9. Februar 1658.

Dem Gohe die Frage aufgegeben: wenn ein Hauswirth seinen unfleißigen ungehorsamen Knecht strafet, und mit dem Worte: du Schelm angeredet, ob damit gesündigt sey, und der Diener Ursach habe, aus dem Dienste zu treten?

Wird für Recht eingebracht, daß der Hauswirth mit der Strafe an seinem Knecht nicht sündige, und wann er gescholten, ein anderer der Scheltung nicht folgen mögte, und habe der Knecht unrecht, daß er aus dem Dienst getreten.

Nr. 74.

Gerichtsprotokoll vom 8. Juni 1659.

Dietrich Fricke klaget, daß Dietrich Bartels Junge ihm ein Schwein mit Hunden gehetzet, daß das Schwein darüber zu Tode gekom-

men. Das Gohe, darüber gefragt, erkennet, daß derselbe das Schwein bezahlen müsse, der es gehetzt hat.

Nr. 75.

Gerichtsprotokoll vom 9. Mai 1661.

Dem Gohe ist zu erkennen aufgetragen: wann ein Nachbar bei seinem Nachbarn Kohlhofe einen Knick oder Zaun hätte, ob nicht derselbe in sothanen Stande zu halten sey, daß Schweine und ander Vieh dafür zurückbleiben könnte und müßte.

Das Gohe erkannt: daß der Zaun oder Knick am Kohlhofe, so feste müßte gehalten werden, daß kein Schaden dadurch geschehen möge.

Nr. 76.

Protokoll vom selben Tage.

Die Gohe erkennt, daß jedweder Hausgesessene nach Gefallen und Vergnügen Imen zu setzen und zu halten, aber nicht befugt, fremde Imen anzunehmen oder zu setzen, so den Nachbaren und Einwohnern zu nahe und zu Schaden sein, dem fürstlichen Amte die jura ohnabbrüchlich.

Nr. 77.

Gohe-Gerichtsprotokoll vom 29. April 1663.

Wann Einer eine Kuhle (Grube) zum Brunnen in der Gemeinheit graben thäte, selbige Kuhle unverzaunt liegen ließe, daß des Nachbaren Vieh darin zu Tode gekommen, wer (für) den Schaden zu stehen schuldig?

Erkannt, daß derjenige, so die Kuhlen gegraben, für den Schaden stehen müsse, doch stehe die Begnadung den Herrn Beamten zu.

Nr. 78.

Gohe-Gerichtsprotokoll von demselben Tage.

Wann einer seinen Backofen nicht verwahrt, sondern in großer Unachtsamkeit mit Hintenansetzung aller guten Abmahnung und Verwarnung löcherig liegen lassen, Feuer darin gebracht, mit Torf und Schollen belegt, dadurch das Feuer überhand genommen, aufkommen und des Nachbaren Haus in Brand ausgegangen, ob selbiger, bei dem das Feuer aufgekommen, den Brandschaden zu erstatten schuld'g?

Erkannt, daß derselbe, bei dem das Feuer unachtsam und verwahrloset ausgekommen, wenn derselbe begütert und zahlbar wäre, den Brandschaden zu erstatten schuldig.

Nr. 79.

Gohe-Gerichtsprotokoll vom 30. April 1663.

Das Goh befragt, was ein Vater bei ein unehlich Kind im ersten Jahre zu geben schuldig sei?

Erkannt, daß beide Eltern im ersten Jahre zu Unterhalt des Kindes zu geben hergebracht worden, zehn Thaler, wäre jedem fünf Thaler.

Nr. 80.

Gohgerichts-Protokoll vom 1. Mai 1663.

Gerd Schmädeke klagt über seinen Schäfer, daß derselbe ihn zur Unzeit aus dem Dienste wegtreiben wolle.

Begehrt Erstattung des Winterfutters.

Die Gohe ist befragt, wie hoch die Fütterung für ein Schaf zu bezahlen sei?

Ist erkannt und gefunden auf 6 Grote, worauf weiter erkannt, daß Gerd Schmädeken dem Schäfer sein Lohn geben und für das Futter 2½ rtlr. zu erwarten.

Nr. 81.

Gohgerichts-Protokoll vom selbigen Tage.

Dem Gohe zu erkennen gegeben, wie weit einer befugt sei, seine eigene und fremde Immen zu setzen oder anzunehmen?

Finden für Recht, daß ein jeder möge auf seinem eigenen Grund und Boden seine eigenen Immen setzen und halten. Wer selbst Immen hätte, mögte keine fremde setzen, und wer von Alters mit einem besondern Immenzaun berechtigt, hätte sich bei dem Raum so weit zu verthätigen, als er mit einem Himbten Roggen in einem Wurf recht aussäen könnte, und müßte ihm ein anderer so weit bleiben.

II. Amts-Wrugen.

Welche alle Jahr etzliche mahl nach Erforderung der Zeiten in Gegenwarth aller Voigte undt geschwohrnen Männer nachzufragen, auch wovon jedem Voigte ein Exemplar, zu seiner Information und Conferirung mit den Geschwohrenen zu ertheilen ist.

1.

Ob liederliche Leute, Gottes-Lästerer, Flucher, Säufer oder Spieler unter den Hauswirthen oder dessen Gesinde vorhanden?

2.

Ob des Sonntages oder an den Feiertagen in Flecken und Dörfern öffentlich oder heimlich Krämerey verhandelt, oder auch mit der Handt, Wagen undt Pferden gearbeitet werde?

3.

Ob jemandt sich gelüsten lasse, am Sonntage Vieh zu treiben oder andere Geschäfte über Feldt zu verrichten?

4.

Ob vorm Ersten Gottes-Dienst jemant zum Bier undt Brandtwein verstaltet oder auch unter den Prediglen getrunken und dieser wegen öffters visitiret und nachgefraget werde?

5.

Ob durchgehendts die Einwohner zum Gehör götliches Worts sich fleißig halten, auch den Gesang undt Gottesdienst vom Anfang bis zum Ende der Communion abwarten, nicht weniger in der Kirche oder im Ein- undt Ausgehen wieder die Ehrerbietigkeit gegen Gott mit dem Hut oder andern Gebehrden sich bezeigen?

6.

Ob Alte und Junge nebst dem Gesinde zur Nachmittages-Predigt undt Cattechismuß-Lehre auch öftern Gebrauch des Heyl. Nachtmahl erscheinen?

7.

Ob die Jugendt vom 6ten bis 14ten Jahre in der Schule gehalten, auch damit des Sommers also continuiret werde, in specie, daß die größern jede Woche 1 Tag ihren Cattechismum undt andere Wissenschaffts repetiren könne?

8.

Ob ein Jeder Unterthan von seiner hohen und niedern Obrigkeit geziement rede?

9.

Ob man in seiner Haushaltung, Ehestande und Kinder-Zucht, Christlich und Gottesfürchtig, auch die Kinder gegen die Eltern gehorsamlich sich bezeigen?

10.

Ob jemandt wissentlich verstalte, das seine Kinder oder Gesinde heimlich oder öffentliche Unzucht begehen, folglich derogleichen Bosheit zur Wruge undt Bestrafung dem Amte kunt werde?

11.

Ob junge Leute festl. Gelage und conventicula halten, Bier auflegen oder verbotene Spiele treiben?

12.

Ob uneheliche oder die Kinder aus frühen Beischlaf getauft sein, ohne ertheileten Amts-Schein?

13.

Ob jemandt bei Aussteurung der Kinder über sein Ver-

mögen verspreche, mit Kreidern und Brautwagen Ueppigkeit treibe, undt also das Amt undt den Gutsherrn defraudire?

14.

Ob nach Hoyaischen Recht dem haeredi legitimo die Succession geworden, nicht weniger aber den Waisen Vormünder gestellet, auch bei der 2ten Ehe den Ersten Kindern von den Stiefeltern woll vorgestanden werde?

15.

Ob dem Alten Hauswirth oder Wirthin, vornemlich den Eltern, Christlich mit gefahren werde?

16.

Ob Heyrathen geschehen, ohne Amts-Consens und ob an einem Orthe die Hochzeiten celebriret werden?

17.

Ob die Hochzeiter sich vormittags nüchtern trauen lassen undt ob bei Verlöbnissen und Hochzeiten auch Uebermuth mit Essen, Trinken, Menge der Gäste, Music undt dergleichen oder auch die Hochzeit länger denn 2 Tage gehalten, oder ausländische Musicanten undt Geträнke verstattet werden?

18.

Ob bey Kindttaufen mehr als drei Gevattern gebethen undt das Mahl länger als 1 Tag gewähret, auch mehr Essen als bei Hochzeiten verordnet ist, aufgesetzet sein?

19.

Ob die Bauer-Wrugen tüchtig nachgeforschet und nach dem Baur-Recht ohne connirentz gestrafet, die Strafgelder auch in einer Büchse zum gemeinen Gebrauch beibehalten werden?

20.

Ob solche delicta vom Baurmeister den geschwohrnen Männer oder Voigt angezeigt werden, damit sie ebenfalls zur Amts-Wrug gelangen?

21.

Ob bey gemeinen Land Deichen, Burgfesten, Landfolgen, Wässerungen undt allerlei Baur-Arbeit diejenige, so zurücke bleiben, späte kommen oder in der Arbeit säumig sindt, gestrafet undt den Amts-Wrugen inseriret werden?

22.

Ob jemant bey Amts-Gutsherrn oder Baur-Execution die Pfandung oder einer dem andern die Schüttung genommen?

23.

Ob einer dem andern im Acker ein oder mehr Furchen abgepflüget, zu nah gegraben oder gemähet?

24.

Ob jemant in Feldern, Wiesen, zwischen gesäeten Lande, oder den Hoken gehütet oder Pferde angebunden, Garben eingeführet, bevor der Zehnte daraus gewesen oder auch andere Untreu bei den Zehnten vorgangen? So wohl bei dem, die den Edelleuten oder Siebenmeiern zuständig, als auch des Amtsangehörigen?

25.

Ob Aehren-Samlers zugelassen, bevor das Feld, oder der Kamp los gefahren?

26.

Ob der Stoppel ordentlich genützet sey, nemlich zuerst mit Schweinen, folgendes mit groben Vieh und zuletzt mit Schaafe?

27.

Ob Jemand mit seinem Pferde, Vieh, Schweinen, Schaafen vorsetzlich oder unwissend bei Tage oder Nacht dem andern Schaden gethan?

28.

Ob gemeine Hirten zu Schweinen oder Vieh des Sommers bestellet, desgleichen ob Schütter und Aufseher der gemeinen Forst und Wässerungen vorhanden, beim Amte beeidiget undt tüchtig sein ihrer Schuldigkeit zu folgen?

29.

Ob Holz-Wrugen, so wol von gemeinen Weiden-Stämmen als andern Holtz, so nicht gepflanzet oder ungebührlich gehauen, eingekommen?

30.

Ob die Wege, Stege, Wässerungen, Zäune, Brücke und Graben des Jahrs 2mahl besichtiget, ob Jemand darin zu nahe geschehen oder etwas versäumet, undt die Wrugen dem Voigte gemeldet werden?

31.

Ob gemeine Hude-Trift und Weide, von Jemant überschritten sey?

32.

Ob große Plaggen irgents wo gemähet, oder die Maulwurfshaufen undt der Schweinewuhl in eigenen oder gemeinen Weiden wieder applaniret, oder die Lehmkuhlen weit genug vom Wege gegraben?

33.

Ob bei Bier, Brodt, Ellen und Maaße ordentlich verfahren und wenigsten die letztere alle Quartal untersuchet werden?

34.

Ob Frembde länger als drey Tage, oder auch Heurlinge undt lediges Gesinde geherberget werden ohne Vorwissen des Amts, oder ob man verstatte, daß Zigeuner und Frembde, oder auch diejenige Bettlern aus andern Kirchspielen des Orts herumb laufen?

35.

Ob den fremden Kaufleuten einerlei Vieh oder andere Wahre zu verhandeln gegönnt werde, welche nicht zuvor einen Amts-Schein undt darunter allemal, so oft sie kommen, des Voigts-Unterschrift gezeiget?

36.

Ob Unterschleif sey, bei Anmeldung des Fleisch- undt Flachszehnten, nach Zehlung des Viehes, behuf des Schatzes oder Contribution und dergleichen?

37.

Ob alle Schlägerei, Zank, Schelten undt unordentliches Leben angemeldet werde, in specie vom Krüger?

38.

Ob der Krüger auch jederzeit tüchtig Bier undt Maaße habe, ob er des Abents länger denn bis 10 Uhr Bier verselle, ob er einem Vollhöfener mehr denn 1 Rthlr., dem Halbhöfener 24, undt dem Köter oder Brinksitzer 12 mg. borget, oder auch seinem Brauer über 2 Tonnen Bier schuldig bleibt?

39.

Ob die ordentliche Amts-Mühle frequentiret werde, undt der Müller gegen einem jeden mit Mahlen undt Matten gebührlich verfahre?

40.

Ob ein jeder Unterthan, welcher außerhalb Amts ohne Berührung der Zollstange fähret oder treibet, seine Wahre und Vieh gehörig anmelde, und den Zoll entrichte?

41.

Ob bei Ablangung der Erbschaften, oder Abreise der Familien auch der zehnte Pfenning dem Ambt erfolge?

42.

Ob das verstrichene Guth, dem Amte angezeiget undt geliefert worden?

43.

Ob die Hunde allesambt mit Knütteln von gehöriger Maaße versehen, auch ob Jemandt des heimlichen Schießens oder Hasenfangs mit der Schleife sich anmaße?

44.

Ob Jemant Gelt auf Lant zum Todtschlag oder Stillstand genommen, ohne des Gutsherrn Willen?

45.

Ob das Gesinde sich gebührlich verhält, es sey mit dem Mietpfenning oder im würklichen Dienst, oder als auch ungewöhnlichen Lohn prätendiret?

46.

Ob ein jeder sein Feuer-Fach mit Eisen-Dielen, undt obenher mit Leimen belegt, den Herdt aber mit einem hölzern oder eisernen Korb, auch das Ofenloch mit Steinen oder einer eisernen Thür nach eines jeglichen Vermögen verwahret, undt darnach alle Jahr drei- oder viermal gesehen werden?

47.

Ob die Backofen hinter den Backhäusern, oder doch weit genug vom Wohnhause verlegt, undt ob Flachs im Ofen getrocknet, dasselbe bei Licht bearbeitet, oder auch Stroh ans Feuer zu nah gelegt werde?

48.

Ob die Gebäude zeitig repariret, die Gründe vom Unflath rein gehalten, das Tach vom Moß gesäubert, undt die Eichen oder Obstbäume weit genug davon gepflanzet sein?

49.

Ob dasjenige Holz, so vom Amte der Bauerschaft oder einem privato zur reparation der Gebäude geschenket oder zu hauen verstellet wird, zu solche Nutzen gelange, oder ob auch Holtz undt alte Gebäude außerhalb Ambts verkaufet werden?

50.

Ob in genere etwas gemerket und verschwiegen werde, welches wider Gott und weltliche Reguln, oder eines jeden besondern Wohlstand gerichtet, und folglich strafbar sey?

Publicatum Hoya den 4. January 1662.

III. Hoyaisches Bauer-Recht, wie solches dem Publico nöthig ist, und ohne Schmälerung der Amts-Superiorität und Interesse kann geduldet werden.

Publicirt den 2. Januar 1704.

1.

Daß die Bauerschaft einen Bauermeister habe, und derselbe wechselweise, auch alle Jahr von Nachbar zu Nachbar genommen, und das Bauerrecht in seinem Jahr zweimal gehalten werde.

2.

Daß derselbe die Bauerschaft durch Blasung des Horns convociren möge, so oft es nöthig.

3.

Daß er sich bemühe, einen Schütter und gemeinen Hirten zu bestellen; jenen auch beim fürstl. Amte beeidigen lasse.

4.

Daß er in allen publiquen Dingen, als Contribution, Vieh-Schatz, Einquartirung, Burgfesten, Landfolge, Haussuchung 2c. die Bestellung nebst den geschworenen Männern vor sich verrichte, darüber ein Register halte, bei seinem Abtritt vor der Landes-Commission justificire, und allemal, so oft es vorfällt, von den gefundenen Wrugen und wichtigsten Sachen dem Voigt Nachricht gebe, in der Haussuchung aber den Voigt, wenn derselbe im Dorfe ist, dabei nehme.

5.

Wenn aber gemeine Besichtigungen der Feuerfächer, Wege, Stege, Wässerungen, Feldgraben, Holzungen und Weide vorfallen, soll er nebst den Geschwornen auch dem Voigt von der Gemeine nur etzliche wechselweise dabei nehmen, und daß es geschehen werde, acht Tage vorher öffentlich kund machen.

6.

Er sowohl, als die Geschworne sollen dahin sehen, daß alle und jede Wrugen, die von ihm und den geschworenen Männern, also auch von den Holz- und Deichgeschwornen notiret und gestrafet werden, es sei wegen einiger Verbrechen, später Ankunft oder Faullenzer bei der Arbeit, Schickung kleiner Kinder, Ausbleiben, unthüchtiger Setzung und Besserung einiger Graben und Befriedigung, Pflanzung der Heistern und Poetweiden, gemeiner Wege, Knicke und Zäune, Betrug in gemeiner Hude und Trift, Aussetzung der Zäune und Graben, versagter Pfandung und Dienstfolge, oder wie es sonst das Bauerrecht anweiset, dem Voigt zur

Wissenschaft gelangen, daß widrigenfalls er und die Geschworene vor die verschwiegene Posten dem Amt die zustehende Strafe aus ihren Mitteln zu zahlen sollen schuldig seyn, des Verbrechers Strafe vorbehältlich.

7.

Daß wegen nöthiger Besichtigung der Feuer-Heerde, strafbarer Feuerfächer und Mangel der Feuer-Instrumente alle Ostern und Michaelis das Bauerrecht und Inspection gehalten werde.

8.

Daß jeder Bauermeister vor seinem Abtritt einmahl mit Ziehung wenigstens 2 der ältesten und 2 der jüngsten die Friede-Kuhlen und Hude-Grenzen besehe, und das Schadhafte reparire.

9.

Von den Bauer-Strafen nichts mehr als den 3. Theil vertrinken lasse, ⅔ aber in einer Sparbüchse verwahre, und davon gemeinen Ausgaben, zur Einquartirung, Extraordinäre Collecte und dergleichen berechne.

10.

Daß er, wenn der Voigt auf Befehl des fürstl. Amts Mannschaft bedarf, oder in gemeinen Landes- und Kriegessachen Bothen fordert, solche ohngesäumet bestelle.

11.

Daß der Bauermeister von aller publiquen Arbeit befreiet bleibe.

12.

Daß er, sammt den geschworenen Männern alle und jede Punkte des Bauerrechts, auch so oft es nöthig ist, dasselbe halte, und was seines Ortes noch über die gesetzte Regel des Bauerrechts einzuführen, erinnere, damit dem gemeinen Besten auf allerley Weise gedient werde.

Species und Taxa des Bauerrechts.

1.

Wann die Wirthe nicht zur rechten Zeit zum Bauerrecht kommen — 27 gte (Grote = 4 Pf. Geld Bremische Münze = 1 kr).

2.

Bei gemeiner Arbeit zu rechter Tageszeit selber zu kommen, oder tüchtiges Gesinde zu schicken, und nach Anweisung der Aufseher treulich zu arbeiten, 1., 3 gte, 2., 6 gte, 3., 6 gte.

3.

Plaggen-Matt im Anger überall zu meiden, und an Heid-Oertern einen jeden nach Proportion der Höfe einen gewissen Raum anzuweisen. Für jedes Fuder 9 gte.

4.

Zäune und aufgesetzte Graben an Feldern und Cämpen auf der Geest, in der Marsch aber Knicke und Graben unsträflich zu machen — 12 gte.

5.

Wege und Stege tüchtig zu bessern, auch so viel dazu nöthig und auf den Knick wächset, zu keinen andern Gebrauch zu verwenden, noch durch solche Fahrlässigkeit oder Eigennutz gewöhnliche Wege versperren oder unbrauchbar zu machen — 36 gte.

6.

Schweine-Wuhl und Maulwurfs-Haufen vor Fastnacht zu schlichten, sowohl im eigenen Anger, als unter Anweisung des Brauermeisters in der Gemeinheit — 6 gte.

7.

Die Wasserlösen in reinen Gang zu halten, auch dem unterwärts grenzenden ersten Nachbar durch Bauer-Pfandung zu nöthigen, damit die gehörige Breite einer Egde gleich gehalten werde 54 gte.

8.

Wer mehr Vieh, an Pferden, Kühen, Kälbern, Schweinen und Schaafen in die Gemeinheit bringet, als es erlaubt ist, und ihm eigen gehören, oder er des Winters von eigener Saat gefüttert hat, ist der Bauerschaft unterworfen,

für 1 Pferd 3 gte, 1 Füllen 2 gte, 1 Kuh 2 gte, 1 Rind 1 gte, 1 Schwein ½ gte, 1 Schaaf ½ gte.

9.

Wer Schaafe und Gänse hält, oder an Orten treibet, wo es nicht hergebracht ist,

für jedes Schaaf ½ gte, Gänse gehören den ersten, wer sie bekömmt, oder hängt sie an den nächsten Baum.

10.

Wer den Schäfer, Lohnschaafe hält — 36 gte.

11.

Wer Schaafe in gemeine Felder treibet zwischen Michaelis und Jacobi — 54 gte.

12.

Wer des Andern Weide, Campe und Wiesen für Schaafe oder Vieh

zwischen Michaelis und Fastnacht suchet gemein zu machen ohne Bewilligung — 54 gte.

Wer aber in einen begrabenen Kamp Pferde oder Vieh auf den Anger bringet, begeht einen Diebstahl, bezahlet den Schaden und verfällt in die Amts-Strafe.

13.

Wer sein Vieh vor den gemeinen Hirten nicht treibet, für jedes Stück 12 gte.

14.

Wessen Vieh ins gemeine Feld oder Cämpe bricht, jedoch wann der Knick dessen ist, dem das Vieh gehört, für 1 Pferd, Kuh, Vieh, Schwein, Schaafe, nach Erstattung des Schadens. Für 1 Pferd 3 gte, 1 Kuh 2 gte, 1 Schwein 1/2 gte, 1 Schaaf 1/2 gte.

15.

Wer in gemeine Straßen hütet, und wer das Vieh ohne gehütet lässet gehen — 6 gte.

16.

Wer fremdes Vieh zwischen den Seinigen verstecket und lagert — 18 gte.

17.

Wer in gemeinen Feldern zur Unzeit hütet, oder Pferde und Vieh darin anbindet, zwischen oder neben den Korn oder Hecken, oder auf die grüne Saat — 36 gte.

18.

Wer Aehrensammler ins gemeine Feld weiset, oder auch auf eigenen Cämpen gewehret, bevor der Camp ist losgefahren — 9 gte.

19.

Wer den Stoppel mit Schaafen betreibet, ehe Schweine und grob Vieh darauf gewesen — 3 gte.

20.

Wer die Feld- oder eines jeden eignen Hecke im Durchfahrten nicht wieder sperret, oder auch, wenn er Schaden dadurch verursachet, zahlet er solchen besonders — 3 gte.

21.

Wer die Forste, Weiden-Stämme oder gespickte Wege mit austragen oder fahren, oder auf andere Weise bestiehlet, oder auch in Mastungszeit sein Vieh davor nicht hütet, oder Eicheln lieset unter gemeinen oder Privat-Bäumen.

Fürs tragen 12 gte. Für 1 Hester 24 gte. Fürs Fuder 54 gte. Fürs Eckernlesen 12 gte.

22.

Wer Knicke und Zäune beraubet — 12 gte.

23.

Wer sein Gebäude muthwillig versäumet, oder überflüssige Gebäude setzet — 3 gte.

24.

Wer sein Theil oder angewiesen Holz in sechs Wochen nicht aus der Forst schaffet, das erstemahl 24 gte, das zweitemahl nach sechs Wochen ist das Holz der Bauerschaft verfallen.

25.

Wer seine Hestern und Potweiden nicht pflanzet, oder nicht grün hält, desgleichen wer das Unterholz auf den Raub hauet, oder wenn es gehauen, nicht davor hütet, bis es dem Vieh entwachsen ist — 18 gte.

26.

Wer ohne Noth des Andern Zaun öffnet, und Fahrwege durch des Andern Camp suchet — 9 gte.

27.

Wer im Felde über des Andern wüstes Stück ohne Erlaubniß fähret, noch mehr wer die Saat beschädigt mit Ueberfahren, reiten oder gehen — 6 gte.

28.

Wer dem Nachbar zu nahe gräbet oder zäunet, oder auch etwas aus der Gemeinheit in seinen Zaun oder Graben ziehet — 36 gte.

29.

Wer auf die Gemeinheit Eichenhester oder Weidenstämme für sich allein setzet — 18 gte

30.

Wer dem Nachbar oder mehr Furchen abpflüget. Für jede Furche 12 gte.

31.

Wer neue Lehmkuhlen und zu nahe am Wege gräbet 12 gte.

32.

Wer einen Diebstahl verhehlet, oder bei der Haussuchung sich worin sperret, und unnütze Werke ausgibt — 12 gte.

33.

Wer einen Häuerling sätzet ohne der Bauerschaft Willen, und meldet es nicht an den Voigt — 12 gte.

34.

Wer leidet, daß sein Häuerling Vieh, Schweine oder Gänse auf die Gemeinheit bringe, keine Contribution davon gebe — 24 gte.

35.

Wer Hurerei in seinem Hause verstattet, und es nicht der Obrigkeit oder den geschworenen Männern anzeiget, auch dem Voigt — 36 gte.

36.

Wer bei Licht im Flachs arbeitet, oder solches anders als an der Sonne trocknet — 24 gte.

37.

Wer sein Feuerfach, Backhaus, Stülpen und Ofenloch nicht unstrafbar hält — 18 gte.

38.

Wer Garben oder Stroh zu nahe und gefährlich hinleget, oder mit dem Lichte nicht vernünftig umgehet — 9 gte.

39.

Wer einen tollen Hund merket oder der seinige gebissen wird, und es dem Bauermeister oder der Nachbarschaft sofort nicht anmeldet — 12 gte.

40.

Wer bei Zählung des Viehes, behuf Vieh-Schatz und Contribution etwas verschweiget, oder eines andern Vieh und Schaafe von in- und außerhalb Amts unterstecken läſſet und nicht meldet — 36 gte.

41.

Wer den Bauermeister in der Pfandung oder in Bestellung mit ungebührlichen Worten und Werken sich widersetzet — 1 Rthlr.

(L. S.) Johann Philipp Tiling, Amtmann.

IV. Zur vollständigen Einsicht in die alten Verhältnisse, lassen wir noch einen kurzen Auszug aus der Amtsordnung des Hauses Hoya v. J. 1582 folgen:

Des Ambtmanns Befehlniß war hauptsächlich darauf gerichtet, die jährliche Pacht einzufordern, Schuld und Pfandniß richtig zu verzeichnen, und sich sonst in Ambtssachen zu benehmen. Eine genauere Detaillirung dieser Amtssachen fehlt leider.

Der Zöllner soll fleißig auf den Zoll Achtung geben, den Tag über am Hause und in der Zollpforten bleiben, u. s. w.

Weil er auch die Korn-Register und Einnahme und Ausgabe in Verwahrung hat, soll er Sonnabends bei den Vermessungen sein u. s. w.

Des Zöllners Register müssen mit dem Meierstocke übereinkommen; was verkauft wird, soll der Amtmann verzeichnen, und der Meier auf den Kerbstock schneiden.

Der Unterschreiber soll fleißig auf die Vorwerke sehn, sonderlich bei Vermessungen zugegen sein.

Des Burgvoigts-Amt ist, auf das Haus Achtung zu geben, die Pforten zu verschließen und zu verwahren. Wenn die Herrendienste auf- und abfahren, soll er sehn, daß Jeder sein Thun ordentlich verrichte, und wenn jeder das Seine von Küchen und Keller empfangen, sollen sie alsbald wieder zur Arbeit gehen, wofür sie beschieden. Imgleichen soll er auf Küche und Keller fleißig Achtung haben, daß keine Zecherei darin gelitten werden.

Das Bördevoigts-Amt soll sonderlich sein, daß er neben den Fußknechten und Untervoigt auf Hoheits und Herren Sachen, Jagd, Hühnerfang u. s. w. Acht gebe, auch danach sehe, daß die Saat zur rechten Zeit bestellt werde. Auch solle er alle Executionen, die ihm anbefohlen werden, vollziehen. In Summa, da ihm nicht Alles, was vorfällt, vorgeschrieben werden kann, soll er in allen Sachen das Beste besorgen.

Wonach sich der Koch zu richten, ist, daß er in der Küche gute Aufsicht habe, denen es gebührt, das Ihrige reiche, das übrige gut verschließe. Des Morgens soll Suppe gegeben werden, zu Mittag die Mahlzeit, des Abends wiederum.

Des Schließers Befehlniß ist, sich bei Tag und Nacht am Hause finden zu lassen, daß zur rechten Zeit gebraut und gebacken werde, und Jedem zur rechten Zeit Brod und Bier gereicht werde. Vor der Mahlzeit soll der Keller geöffnet, Jedem durchs Fenster das Seinige gegeben werden. Der Schlaftrunk soll Glockenschlag 7 Uhr gereicht werden.

Der Schlüter soll auch auf einen Kerbstock schneiden, was er jede Woche im Jahr über zur Mühle bringt. Einen Stock soll er bei sich verwahren, den andern in die Amtsstube bringen.

Das Voigter Amt war vorzüglich der Porten zu achten, niemand ein und auslassen, als beeidete Diener, acht haben auf das, was auf- und abgetragen wird. Er soll mit in der Küche essen. Wenn die Unterthanen was vorzubringen haben, soll er sie bei den Beamten angeben, und in der Winterzeit nicht zu lange stehen lassen.

Die Fußknechte sollen gemeiniglich in der obern oder untern Port bleiben, die jährliche Pacht oder Schuld mit Fleiß abfordern, und wenn sie pfänden, die Armuth nicht über Billigkeit mit dem Pfandschilling beschweren.

Sie sollen auch neben dem Untervoigt über den Bauern in Dörfern auf Excesse Brüche, Gemeinheit, Jagd, Hühnerfang, auf Erneuerung der Zuschläge, Häuser, Kothen und was sich sonst in der Bauerschaft zugetragen fleißig Achtung geben. Und was sie wahrnehmen und sehen, sollen sie dem Herrn sagen und nichts verschweigen. Sie sollen darauf sehen, daß die Hausleute den Landesherrn an Gemeindefolgungen, Hecken, Knicken keinen Schaden thun. Auch sollen die Dienste nicht anders als zum Gebrauch der Herrn beschieden werden.

Die Wächter sollen die Nacht über mit Fleiß wachen, und im Winter von Abends 7 Uhr ins Horn stoßen; auch auf den Flecken Acht haben, ob vielleicht Lärmen, Tumult und Nachtgeschrei. Am Tage sollen sie zu anderer Arbeit helfen, bei Backen, Fischerei, Pfandung, auch Wege und Gänge reinigen.

(Folgt der Dienst der Altfrau und Magd des Hofmeyers zu Hoya, der Meier zu Memsen, der Meiersfrau, der Müller, Untervögte und des Holzvogts.)

IV.

Einige Bemerkungen
über die
preußische Verfassung vom 3. Febr. 1847.

Von

Reyscher.

„Eine wichtige Zeit, wo sich die Berge (in Rheinpreußen) in Bewegung setzten, und — der Staat Preußen eine Verfassung erhielt!" So werden die künftigen Chronisten vom Jahr 1847 zu berichten haben, und wir wollen uns die Bedeutsamkeit dieser Erscheinungen nicht dadurch schmälern lassen, daß wir sie bloß nach ihrer Außenseite betrachten, etwa weil eine nachbarliche Berührung dadurch unterbrochen worden, sondern wollen sie lieber in ihrem Zusammenhange und ihren Folgen auffassen. Hier haben wir es nur mit dem zweiten jener Ereignisse zu thun.

Klein und unscheinbar tritt allerdings jene Verfassung eines großen gesitteten Staates hervor, wie wir sie aus dem Patente vom 3. Febr., und den drei sie begleitenden Verordnungen über Bildung eines vereinigten Landtags, eines vereinigten ständischen Ausschusses und einer ständischen Deputation entnehmen. Aber sie ist nichts desto weniger eine Bewegung vorwärts, wir meinen, ein Schritt weiter in der Anerkennung geschichtlicher Rechte, und in der Begründung einer großen Zukunft! Während Tausende von Deutschen alljährlich ihrem Vaterlande den Rücken kehren, um in der neuen Welt billige Wünsche zu befriedigen, während die untersten Schichten der Gesellschaft, welche der Staat lange vernachläßigt hat, in Unordnung gerathen sind, darf sich eine sorgsame Regierung wohl die Frage vorlegen: wie ist das lockere Band, welches die Stände zusammenhält, wieder zu befestigen, wie ein dauerhafter Grund zu legen für die öffentliche Sicherheit, welche auf das Ernsteste bedroht, und durch künstliche, unorganische Mittel allein nicht aufrecht zu halten ist? Die Antwort auf diese Frage hat jeder Staat in seinem Interesse und von seinem besonderen Standpunkte aus zu beantworten, und es können keine Rücksichten ceremonieller Höflichkeit und der Achtung für fremde Meinungen ihn abhalten, der Pflicht der Selbster-

haltung Genüge zu leisten. Die Regierung in Preußen hatte aber noch Anderes zu erwägen.

Das „Patent“ ist am 3. Februar, als dem Tage erlassen, an welchem vor 34 Jahren König Friedrich Wilhelm III. die preußische Jugend zu den Waffen rief, und welcher als der „Anfangspunkt einer neuen Zeit, nicht allein für das preußische, sondern für das gesammte deutsche Vaterland“ von einzelnen Theilnehmern der Freiheitskämpfe bis daher gefeiert wurde. Die damals jugendlich mitkämpften und mit begeistert waren, sind, soweit sie nicht die Erde deckt, seither grau geworden; das Feuer der Begeisterung, welche der königliche Aufruf und die bekannten Zusagen vom 25. März 1813 und 22. Mai 1815 hervorriefen, ist dem Ernste des Alters und der Erfahrung gewichen. Aber die Verheißungen jener Tage sind bei dem ganzen lebenden Geschlechte in frischem Andenken. Eine lange Zeit, arm an Großthaten, reich an Mißverständnissen und kleinlichen Ränken, hat sie nicht vergessen lassen. Wir sind dadurch an äußerem Glück und innerem Behagen nicht weiter gefördert worden. Die zwei Jahre 1846 und 1847 haben tieferes Elend aufgedeckt, als die Theurungsjahre 1816 und 1817. Aber wir haben aus der Menge von Erfahrungen, welche die Nationen im Ganzen und in ihren einzelnen Stämmen gemacht, wenigstens so viel gelernt, daß das Abhaltungssystem die Gesundheit der Staaten wie der Individuen nicht stärkt, und daß vor Allem öffentliche Gerechtigkeit und Vertrauen zur Kraft und Einsicht des Volks, daß insbesondere gewisse Rechte der Stände bei den öffentlichen Angelegenheiten nothwendig sind, um den Staatskörper frisch zu erhalten, und sich des Mitthuns und Mitleidens seiner Glieder zu versichern. Preußen, gewissermaßen an die Spitze eines größeren Theils der deutschen Staaten durch den Zollverein gestellt, ist diesen verbündeten Staaten die Beruhigung schuldig, daß es ihren Verfassungen nicht entgegen ist, und die größte Sicherheit liegt für dieselben darin, wenn Preußen selbst das große Beispiel der Einigkeit zwischen Fürst und Volk in seinem Innern darstellt.

Es läßt sich nicht bergen, das Patent hat in seinen Einzelnheiten den Eindruck nicht hervorgerufen, welchen man ihm in Betracht seines Gesammtwerthes und der Zeitaufgabe, welche zu lösen ist, gönnen möchte. Die Allgemeine Preußische Zeitung, indem sie das Patent mit einem halbamtlichen Kommentar beglei-

tete, hat offen ausgesprochen, daß ein Staatsgrundgesetz im modernen Sinne darin nicht zu finden sei, sie hat zugleich, etwas ungeschickt, an den abweisenden Bescheid v. J. 1843 auf die Bitte der rheinischen Stände, die Ausschüsse der Landtage in Reichsstände zu verwandeln, erinnert, und beigefügt, daß der königliche Wille noch immer derselbe sei. Diese Anknüpfung und die weitere Ausführung, daß, Eine Ausnahme abgerechnet, nur Dasjenige verwilligt worden, was „nöthig" gewesen, hat das Ansehen einer Rechtfertigung des Schrittes gegenüber den Feinden der Verfassung, aber sie ist nicht geeignet, das königliche Geschenk in den Augen seiner Freunde in ein günstiges Licht zu stellen, noch Vertrauen zur neuen Einrichtung bei Denjenigen zu erwecken, welche die Wohlthat einer verfassungsmäßigen Regierung (nicht bloß die Täuschungen des Repräsentativsystems) in der Nähe kennen gelernt haben. Auch Preußen wird seine Erfahrungen machen, und finden, daß grundgesetzliche Bestimmungen den Ständen gegenüber ebenso erwünscht sind, als gegenüber der Regierung. Aber wir geben zu, es wäre nicht zweckmäßig gewesen, die „Verfassungsurkunde", welche das königl. Dekret vom 22. Mai 1815 versprochen, zu octroiren, sondern es wird zweckdienlicher sein, sie von künftiger Vereinbarung abhängig zu machen. Vor der Hand ist bedeutsam genug, daß auf den 11. April 1847 nach Berlin eine große Versammlung berufen worden, durch welche es möglich ist, gemeinsame Wünsche an die Regierung zu bringen, vielleicht auch über ein künftiges Grundgesetz sich zu vereinbaren. Wie jene Versammlung heißen soll, ob Versammlung der Reichstände, wie das Gesetz vom 17. Jan. 1820 sie voraus genannt hat, oder „vereinigter Landtag", wie das Patent nunmehr will, ist zunächst nicht sehr wichtig; doch möchte dem letzteren Worte die klarere Bezeichnung: „Allgemeine Ständeversammlung", welche die Allg. Preuß. Ztg. an einer Stelle gebraucht, vorzuziehen sein.

Es ist mehrfach hervorgehoben worden, wie die ständische Gliederung in Preußen auf deutschem Boden wurzle, der deutschen Volksthümlichkeit entspreche, und eine geschichtliche Grundlage habe, wie aber auch den überall zu berücksichtigenden Zeitveränderungen Rechnung getragen sei. Es ist ferner ein Maßstab für die einzelnen ständischen Rechte in der älteren Verfassung der meisten deutschen Länder gesucht worden. Wir wünschten sehr, von diesem Standpunkte aus, der auch dem deutschen Bundesrechte

entspricht *), das neue Werk ausführlich besprechen zu können, wollen dieß aber lieber einer späteren Zeit, wo zugleich die Erfolge des „vereinigten Landtags" zu berichten sein werden, vorbehalten. Einstweilen sei mir gestattet, das Patent auch in diesen Blättern zu begrüßen, und das Wesentliche seines Inhalts mit wenigen Bemerkungen zu begleiten.

„So oft die Bedürfnisse des Staates entweder neue Anleihen, oder die Einführung neuer, oder eine Erhöhung der bestehenden Steuern erfordern möchten, werden Wir die Provinzial-Stände der Monarchie zu einem vereinigten Landtage um Uns versammeln, um für Erstere die durch die Verordnung über das Staatsschuldenwesen vorgesehene ständische Mitwirkung in Anspruch zu nehmen, und zu Letzterer Uns ihrer Zustimmung zu versichern."

So nach §. 1 des Patents, woraus zugleich die geschichtliche Veranlassung und die wesentliche Bestimmung der allgemeinen Stände hervorgeht. Die Aufnahme neuer eigentlicher Staatsschulden war in dem Gesetze vom 17. Jan. 1820 von der „Zuziehung und Mitgarantie" der künftigen Reichsstände abhängig gemacht worden: daraus ergab sich jedoch nur das Bedürfniß allgemeiner Stände für den außerordentlichen Fall eines Anlehens des Staats selbst (nicht des besonderen kaufmännischen Instituts, der s. g. Seehandlung). Zu solchen eigentlichen Staatsanlehen hat nun nach der ersten Beilage des Patents in Friedenszeiten der vereinigte Landtag, in Kriegszeiten, falls deßhalb eine Einberufung des gesammten Landtags nicht zuläßig wäre, eine aus 8 Mitgliedern bestehende ständische Deputation Namens der Stände die Zustimmung zu geben. Dieser Deputation ist auch die durch das Gesetz vom 17. Jan. 1820 verordnete ständische Mitwirkung bei der Verwaltung der Staatsschuld übertragen, einige Rechte ausgenommen, welche dem vereinigten Landtage und in dessen Vertretung dem vereinigten ständischen Ausschusse vorbehalten sind. Ueber die Bildung jener

*) Wiener Schlußakte Art. 55. „Den souveränen Fürsten der deutschen Bundesstaaten bleibt überlassen, diese innere Landes-Angelegenheit mit Berücksichtigung sowohl der früherhin gesetzlich bestandenen ständischen Rechte, als der gegenwärtig obwaltenden Verhältnisse zu ordnen."

Deputation, welche regelmäßig einmal im Jahre ihre Kontrolle ausübt, und von den 8 Provinziallandtagen (je ein Mitglied aus einer Provinz) bestellt wird, verbreitet sich die dritte Beilage des Patents.

Das Recht der Steuerbewilligung war neuerdings (von den alten Ständen reden wir hier nicht), in Preußen nicht eingeräumt worden. Nur eine Berathung ward durch das Dekret vom 22. Mai 1825 den künftigen „Landesrepräsentanten" in Aussicht gestellt, und zwar über alle Gegenstände der Gesetzgebung, welche die persönlichen und Eigenthumsrechte der Staatsbürger, mit Einschluß der Besteuerung betreffen. Dieses Berathungsrecht sollten nach dem allgemeinen Gesetz vom 5. Juni 1823 „so lange keine allgemeinen ständischen Versammlungen Statt finden", die Provinzialstände insoweit ausüben, als jene allgemeinen Gesetze zugleich die Provinz betreffen. Von selbst ergibt sich aber, daß, sowie die allgemeinen Stände in's Leben gerufen sind, ihnen auch jenes Recht heimfallen mußte, daß also die Provinzialstände, gegenüber von den Reichsständen, aus jenem Provisorium kein wohlerworbenes Recht ableiten können. Das Patent vom 3. Februar ist übrigens über die Verheißungen in so ferne hinausgegangen, als eine Zustimmung zu den Steuern dem vereinigten Landtage übertragen wurde, unter ausdrücklicher Anerkennung, daß ein solches Zustimmungsrecht der Stände „im Wesen deutscher Verfassung begründet" sei. Würde diese Zustimmung periodisch stattfinden, wie sie „den meisten Ständen deutscher Staaten" zukommt, so wäre damit auch die Nothwendigkeit regelmäßig wiederkehrender allgemeiner Ständeversammlungen gegeben gewesen. Aber dieser Nothwendigkeit war man überhoben, indem man die bestehenden Steuern als unwiderruflich voraussetzte, und die wandelbaren Zölle, sowie die außerordentlichen Steuern im Fall eines Kriegs von dem Bewilligungsrechte ausschloß. In Hinsicht auf die Zölle, sowie diejenigen (anderen) indirecten Steuern, welche auf Uebereinkunft mit fremden Staaten beruhen, scheint auch ein Recht des Beiraths nicht angenommen werden zu wollen, und doch gibt das allgemeine Gesetz vom 5. Juni 1823 dieses Recht den Provinzialständen ohne Ausnahme in Hinsicht auf solche allgemeine Gesetze, welche Veränderungen in Personen- und Eigenthumsrechten, und in den Steuern zum Gegenstande haben, wofern sie nur zugleich die Provinz betreffen. Auch der Beirath bei allgemeinen Gesetzen ist nun den Provinzial-

ständen abgenommen; aber die Regierung hat nach §. 3 des Patents die Wahl, denselben bei dem vereinigten Landtag, oder dem vereinigten Ausschusse einzuholen. Hier also könnte sich's fragen, ob die auflösende Bedingung, unter welcher den Provinzialständen der Beirath eingeräumt worden, völlig eingetreten sei, sofern der vereinigte Ausschuß und die allgemeinen Stände nicht dasselbe sind?

Ueber den vereinigten Ausschuß sagt das Patent:

„Den vereinigten ständischen Ausschuß werden Wir fortan periodisch zusammenberufen."

„Dem Vereinigten Landtage, und in dessen Vertretung dem Vereinigten ständischen Ausschusse übertragen Wir" 2c.

Die „Verordnung über die periodische Zusammenberufung des Vereinigten ständischen Ausschusses und dessen Befugnisse" fügt hinzu §. 2. „Der Vereinigte ständische Ausschuß wird, so oft ein Bedürfniß dazu eintritt, längstens aber vier Jahre nach dem Schlusse der jedesmaligen letzten Versammlung desselben, oder, wenn inzwischen ein Vereinigter Landtag stattgefunden hat, innerhalb derselben Frist nach dem Schlusse des Letztern von Uns einberufen." Es wird also die allgemeine Vertretung ordentlicher Weise durch die vereinigten Ausschüsse, und nur in außerordentlichen Fällen durch die Vereinigten Landtage stattfinden.

Das Eigenthümliche dieser Organisation besteht zunächst darin, daß die allgemeine Versammlung unmittelbar aus den Provinziallagen hervorgeht, ja einfach eine Verschmelzung dieser Landtage selbst ist. So hatte es das königliche Dekret vom 22. Mai 1815 nicht gewollt. Hier heißt es §. 3: „Aus den Provinzialständen wird die Versammlung der Repräsentantenkammer gewählt, die in Berlin ihren Sitz haben soll." Jenes unmittelbare Verhältniß gewährt zwar den mechanischen Vortheil, daß es keiner eigenen Wahlen für die allgemeinen Stände bedarf. Aber sollte dieß auch ein politischer Vortheil sein? Ist nicht zu erwarten, daß manche Kandidaten wohl für die Provinzial-, nicht aber auch für die allgemeine Versammlung die rechten Leute sind, und werden dadurch nicht die Wähler und die Gewählten selbst mit ihrer doppelten Aufgabe künftig in Zwiespalt gerathen? Sodann aber bietet eine Versammlung von 6 bis 700 Mitgliedern für die Leitung und Geschäftsbehandlung im Ganzen und im Einzelnen so viele Schwie-

rigkeiten dar, daß schon darum ihre öftere Wiederholung zweifelhaft ist. Hiezu kommt, daß die Beschlüsse einer solchen gewaltigen Versammlung von Notabeln, auch wo sie bloß bittet, so viel schwerer wiegen, als die einer kleineren Versammlung, daß es erklärlich wird, wie gerade ausnahmsweise Bitten und Beschwerden des vereinigten Landtags nur dann zur höchsten Kenntniß gebracht werden dürfen, wenn sie in jeder der beiden Kammern, aus welchen der Landtag zusammengesetzt ist, mindestens zwei Drittheile der Stimmen für sich haben (Beil. I. §. 16).

Es ist aber auch noch durch eine andere unzeitgemäße Einrichtung die Wirksamkeit des allgemeinen Landtags für das allgemeine Beste gehemmt. Die Beil. I. §. 17 bestimmt nämlich weiter:

„Hält bei einem Gegenstande, in Hinsicht dessen das Interesse der verschiedenen Stände oder Provinzen gegen einander geschieden ist, ein Stand oder eine Provinz durch einen, nach Vorschrift des §. 16 zu Stande gekommenen Beschluß sich verletzt, so findet eine Sonderung in Theile Statt, sobald eine Mehrheit von zwei Drittheilen dieses Standes oder dieser Provinz es verlangt. In solchem Falle berathet jener Stand oder jene Provinz für sich besonders, und gibt ein besonderes Votum oder Gutachten ab; die daraus hervorgehende Meinungsverschiedenheit wird demnächst Uns zur Entscheidung vorgelegt. Auch für andere Fälle behalten Wir Uns vor, von jedem der vier Stände, oder jedem der Acht Provinzen des Vereinigten Landtags, wenn Wir es für angemessen erachten, abgesonderte Gutachten zu erfordern."

Der staatsrechtliche Begriff einer itio in partes ist hier unrichtig angewandt: denn nicht eine Auflösung des Ganzen in gleichberechtigte Theile, wie sie bei dem vormaligen Reiche seit der Reformation in Religionssachen stattfand, sollte hier gestattet werden, sondern nur die Konstituirung einer pars zum Zweck eines Separatvotums gegenüber von dem Gesammtbeschlusse, der dadurch nicht aufgehoben wird. Der so dem Partikularismus geleistete Vorschub hat seinen Grund in der preußischen Provinzial-Verfassung. Hier ist ein wirkliches in Theile gehen gestattet, bei Gegenständen, wo das Interesse der Stände gegen einander geschieden ist. Sobald nämlich zwei Drittheile der Stimmen eines Standes, welcher sich durch einen Beschluß der Mehrheit verletzt glaubt, darauf

dringen, verhandelt die Versammlung nicht mehr in ihrer Gesammtheit, sondern nach den einzelnen Ständen *). Wo dagegen das besondere Interesse einer einzelnen, auf dem Landtage mit vertretenen Provinz bei einem Beschlusse der Mehrheit betheiligt ist, sind die Abgeordneten eines solchen größeren Landestheils berechtigt, ihre abweichende Meinung zu den Landtagsverhandlungen zu geben, worauf sie dann besonderen Bescheid zu erwarten haben **). Hier löst sich also der Landtag nicht auf in verschiedene Kurien, sondern die Versammlung und ihr Beschluß bleiben, wie sie sind, nur wird dem Beschlusse das Separatvotum beigefügt. Die letztere Einrichtung ist nun auf den vereinigten Landtag übertragen worden, und zwar gleichmäßig hinsichtlich der Stände und Provinzen. Aber auch sie ist noch immer bedenklich genug: denn eben so gut, wie ein Stand oder eine Gesammtprovinz, können auch die anderen sich dem Beschlusse entgegensetzen, und so die Mehrheit selbst wankend machen. (Wer weiß nicht, wie ansteckend das Streben nach eigenem Vortheil ist, wenn einmal eine Partei den Gemeinsinn vergißt, oder gar über Aeußerungen des Letzteren sich erlustigt!)

Eine andere Eigenthümlichkeit der preußischen Staats-Verfassung ist das Verhältniß des vereinigten Landtags und hinwieder der Provinzialstände zum vereinigten Ausschuß. Dieser wird von den verschiedenen Provinzen und Ständen auf den Provinzialtagen gewählt, ist aber Vertreter des vereinigten Landtags, und nur zu diesem Zwecke künftig thätig; er handelt also im Namen des Ganzen, und ist kommittirt von den Einzelnen. Gleiches findet auch bei der Volksvertretung Statt, indem die einzelnen Abgeordneten von den Bezirken gewählt werden, aber sich als Beauftragte des ganzen Landes zu betrachten haben. Allein die preußische Verfassung beruht nicht auf dem Repräsentativsystem, sondern dem der ständischen Interessen; auch werden die ständischen Ausschüsse sonst allenthalben, wo überhaupt eine Wahl stattfindet, von der ständischen Versammlung selbst bestellt und bevollmächtigt. Der Grund, warum in Preußen eine Ausnahme gemacht ist, ligt darin, weil der vereinigte Landtag nur ausnahmsweise zusammentritt, also zur Vor-

*) Siehe z. B. das Gesetz für Brandenburg vom 1. Juli 1823 §. 47, für Preußen v. dems. Tage §. 47.

**) An beiden Orten §. 48.

nahme der periodischen Wahlen nicht geeignet ist. Der vereinigte Ausschuß ist überdieß schon durch die, für die einzelnen Provinzen erlassenen Verordnungen vom 21. Juni 1842, also vor dem vereinigten Landtag, geschaffen worden. Damals für einen besonderen Zweck eingerufen, ward den vereinigten Ausschüssen die Aufgabe gestellt, „die abweichenden Ansichten der Landtage einzelner Provinzen zu vermitteln, über etwaige, bei der weiteren Berathung der Gesetze in den höheren Instanzen der Legislation hervorgetretene neue Momente sich nochmals gutachtlich zu äußern, bei den Vorbereitungen allgemeiner Gesetze, sowohl über deren Nothwendigkeit, als über die bei ihrer Abfassung zu befolgende Richtung, ihr Gutachten abzugeben, und auch bei solchen Angelegenheiten, die bisher in der Regel an die Provinzialstände nicht gelangt sind, von dem Standpunkte der praktischen Erfahrung und der genauen Kenntniß der provinziellen Interessen, die Regierung mit ihrem Rathe zu unterstützen." Der vereinigte Ausschuß ist also ursprünglich Vorläufer der Reichsstände, nicht deren Stellvertreter. Auch nicht Stellvertreter der einzelnen Landtage war er bisher, denn deren Berathungsrecht blieb dadurch unangetastet, und der König hatte dieselben noch besonders dahin beruhigt: daß die Selbstständigkeit der Landtage durch die Zusammenberufung der Ausschüsse keine Beeinträchtigung erleiden werde. Jetzt verhält sich die Sache anders; daher werden allerdings sowohl die Provinzialtage als der Gesammtlandtag ihre Stellung zu dem neuen Ausschusse, und seine Zusammensetzung zu prüfen haben. Ursprünglich ward der vereinigte Ausschuß gebildet aus 12 Mitgliedern jeder Provinz, zusammen aus 96 Mitgliedern; jetzt sind 8 weitere Mitglieder vom Herren- und Ritterstand hinzugefügt worden; er besteht sonach aus 104 Personen, zur Hälfte aus dem Herren- und Ritterstand, zur Hälfte aus den Städten und Landgemeinden gewählt. Die königliche Bestätigung dieser Wahlen, welche im Jahre 1842 vorbehalten worden, hätte in der künftigen bleibenden Gestalt des Ausschusses keine Stelle finden sollen: denn entweder ist jene Bestätigung eine bloße Form, dann hat sie keinen Werth; oder die Krone darf eine Wahl zurückweisen — dann liegt darin ein Eingriff in das ständische Wahlrecht. Noch ist zu erwähnen, daß das Kurialrecht in dem vereinigten Ausschusse nicht anerkannt worden. Der §. 8 der Verordnung über Bildung des Ausschusses sagt ausdrück-

lich: „Der V. St. A. berathschlagt als eine ungetheilte Versammlung." Nur wenn die Mehrheit gegen ein Gesetz sich erklärt, soll auch die Ansicht der Minderheit von Amtswegen berichtet werden. Dieß ist aber auch bestimmt bei dem vereinigten Landtag neben der gestatteten Absonderung einzelner Theile. Auch das Zweikammersystem, welches bei dem vereinigten Landtag beliebt worden, ist nicht angewendet auf den Ausschuß. So wird sich also die Einheit der Vertretung in dieser regelmäßigen, und immer noch zahlreichen Versammlung herausstellen, und der Repräsentativ-Charakter der alten Landstände, welcher mit Unrecht von Einzelnen geläugnet worden, wäre insoweit gerettet.

Die Zusammensetzung des vereinigten Landtags beruht, wie schon bemerkt worden, auf der Provinzialvertretung. Die Zahl der Mitglieder und das Verhältniß der einzelnen Stände zu einander ist aber auf den Provinzialtagen ein sehr verschiedenes. In der Mark Brandenburg und Niederlausitz besitzt der erste Stand (Domkapitel Brandenburg, Herrenstand und Ritterstand) 36 Stimmen, zwei mehr, wie die Städte und übrigen Gutsbesitzer zusammen. Aehnlich verhält es sich in Posen, sowie in Pommern und Rügen. Auch im Königreich Preußen überwiegt der erste Stand jeden der andern Stände, aber nicht beide zusammen: 45, 28, 22. In Schlesien haben die zwei ersten Stände zusammen 46, und eben so viel die zwei letzten. In Sachsen überwiegen die zwei letzten Stände (37) die zwei ersten um 1 Stimme. In Westphalen besitzt der Herrenstand 12, die Rittergutsbesitzer, Städte, Landgemeinden aber je 20 Stimmen. Am günstigsten ist das Verhältniß der beiden letzten Stände in der Rheinprovinz: Fürsten 4, Rittergutsbesitzer, Städte, übrige Grundbesitzer je 25. Hier und in Westphalen haben also der dritte und vierte Stand die Mehrheit. Auf dem vereinigten Landtage wird dagegen nach der erfolgten vorläufigen Bekanntmachung, welche wohl noch einige Berichtigungen erfahren wird, das Verhältniß folgendes sein: 1) Fürsten, Grafen und Herren, mit Einschluß von 10 prinzlichen Stimmen, die hinzugekommen sind, 80 Stimmen. 2) Ritterstand, worunter aber, wie auf den Provinzialtagen, manche bürgerliche Rittergutsbesitzer, 231. 3) Städte 182. 4) Landgemeinden 124. Zusammen 617 Stimmen.

Der erste Stand hat durch die neue Verfassung schon in so fern gewonnen, als die zu demselben gezählten Mitglieder: die vormali-

gen deutschen Reichsstände, die altlandsässigen und einzelne neu kreirte Standesherren, endlich einige mit Virilstimmen begabte geistliche Körperschaften (Domkapitel zu Brandenburg, Merseburg und Naumburg) in die erste Kammer eingetreten, also regelmäßig für sich zu beschließen im Stande sind. Die Verstärkung dieser Kammer mit den volljährigen Prinzen des königlichen Hauses wird das Ansehen derselben erhöhen, und wenn sich der König in Ansehung der Organisation und Verstärkung des Herrenstandes weitere Entschließung vorbehalten hat, so ist die Unbestimmtheit dieses Vorbehalts zwar nicht wünschenswerth, aber voraussichtlich wird die Verstärkung nur geschehen aus dem begüterteren Theile des Ritterstandes, mit welchem der Herrenstand schon bisher auf mehreren Provinziallandtagen verschmolzen war. Einige Mitglieder des Herrenstandes, welche auf den Landtagen Antheil an einer Gesammtstimme hatten, sind in der bekanntgemachten Liste mit Virilstimmen aufgeführt. So erhebt sich die Zahl der Virilstimmführer erster Kammer bereits auf 80. Dagegen wird dem Ritterstand seine Absonderung von dem Herrenstand zum Theil unlieb sein, trotzdem daß der zweiten Kammer, der Kammer der Abgeordneten, vermöge ihrer numerischen Stärke (617 zu 80), ganz abgesehen von englischen Analogien, die größere Bedeutung zukommt. Die Städte und Landgemeinden bilden zwar die Mehrheit in zweiter Kammer, was auf einigen Landtagen nicht der Fall ist; aber die Gegenüberstellung einer besonderen ersten Kammer mindert natürlich auch ihren Einfluß auf die Hauptentscheidung in Fällen, wo jede Kammer für sich zu beschließen das Recht hat. Durch die Anordnung, daß Beschlüsse über Anlehen und neue Steuern, also in Fällen, wo dem vereinigten Landtag ein Recht der Zustimmung, somit auch ein Veto zusteht, in einem Zusammentritte beider Kammern gefaßt, und hier nur die bisher auf den 8 Landtagen abgegebenen Stimmen, lediglich unter Hinzurechnung der Prinzen des königlichen Hauses, abgegeben werden sollen, ist den Ständen zweiter Kammer allerdings wieder etwas nachgegeben; aber es fragt sich, ob dieses Festhalten des bisherigen Stimmenverhältnisses in der neuen Organisation auf die Dauer durchführbar und politisch rathsam ist? Die ganze Eintheilung in zwei Kammern ist der bisherigen Ständeverfassung in Preußen ebenso fremd, wie die Vereinigung der acht Landtage. Jene Eintheilung bezweckt nicht, die englische Einrichtung nachzuahmen, d. h. das

grundherrliche Element von den Gemeinen abzusondern, denn in der zweiten Kammer ist der größte Theil der Grundherren zurückgeblieben, sondern den angesehensten Familien, namentlich den mediatisirten, eine höhere Stellung in der Repräsentation zu geben, und damit den königlichen Prinzen den Eintritt in die Versammlung zu erleichtern. Dadurch gestaltet sich nun aber der vereinigte Landtag ganz anders, als die Provinzialtage, woraus er zusammengesetzt ist. Schon in so ferne, als auf den meisten Landtagen keine abgesonderte Herrenbank ist, indem entweder keine oder nur verhältnißmäßig wenige Mitglieder jenes Standes vorhanden sind, welche mit den Rittergutsbesitzern gemeinschaftlich den ersten Stand bilden, wird der Parallelismus der Provinzialtage durchbrochen. Die Ritterschaft bildet nun auf dem vereinigten Landtage durchaus einen abgesonderten Stand, wie andererseits der Herrenstand, und es sind also vier Stände auf demselben zu unterscheiden, was für die Fälle, wo von dem Absonderungsrechte Gebrauch gemacht wird, nicht unwichtig ist. Hätte nun aber hierbei nicht die Organisation des Ritterstandes ebenso wie jene des Herrenstandes einer Veränderung vorbehalten werden sollen? Schon auf den Provinzialtagen erscheint das durchgängige Uebergewicht dieses Standes über die Städte unnatürlich und zweckwidrig. Um so mehr ist die Frage erlaubt, ob nicht die erste Kammer, statt durch Kreirung neuer Standesherrn, durch den Anschluß des Ritterstandes, aber in geringerer Anzahl als auf den Provinzialtagen, hätte verstärkt werden sollen?

Es ist uns noch manch' anderes Bedenken gekommen; wir wollen aber nur noch eines erwähnen, das die ständischen Rechte betrifft. Man hat sich in Preußen auf den geschichtlichen Standpunkt gestellt, und ängstlich historischen Ansprüchen Gehör gegeben. Aber gerade auf diesem Standpunkte wäre zu erinnern, daß die Theilnahme an der Gesetzgebung, und zwar nicht in der Form eines bloßen jus consilii, sondern eines jus consensus zu den ältesten Rechten der Stände gehört, ja so alt ist wie die Landeshoheit. Wir wollen hier nicht an das fränkische Staatsrecht erinnern, dessen Grundsatz es war: lex consensu populi fit et constitutione regis *); sondern einfach festhalten, was auf dem Reichstage zu Worms, wo zuerst die landesherrlichen Rechte förmliche Aner-

*) Edictum Caroli II. de a. 864 cap. 6. Pertz, monumenta. Legum tom. I. pag. 490.

kennung fanden, durch ein kaiserliches Erkenntniß vom 1. Mai 1231 ausgesprochen wurde: ut neque principes neque alii quilibet constitutiones vel nova jura facere possint, nisi meliorum et majorum terrae consensus primitus habeatur*). Damit stimmt überein der Sachsenspiegel Buch 3. Art. 91 §. 3. He (der Richter) ne mut ok nen gebot noch herberge, noch bede, denest, noch nen recht uppe't land setten, it ne willekore dat land. Daß die Zeitverhältnisse der Entwicklung landständischer Rechte nicht allenthalben günstig waren, ist bekannt, namentlich ist der römische Grundsatz: quod principi placuit legis habet vigorem, denselben häufig gefährlich geworden. Die Stände selbst hatten nicht immer das gleiche Interesse bei Behauptung ihrer Rechte, und es war ein Glück, daß sich die Landesgewalt nicht an die Zustimmung aller einzelnen Stände für gebunden hielt. So in Brandenburg. Als Kurfürst Albrecht Achilles i. J. 1472 ohne die Stände ein Landgebot wider das Raub- und Fehdewesen erlassen hatte, widersetzte sich diesem der Adel; die Geistlichkeit und die Städte aber standen dem Fürsten bei, und halfen die Raubburgen zerstören. Im Jahre 1514 leisteten einige Städte dem württembergischen Herzog gleiche Hülfe gegen die Bauern im Remsgau, welche sich mit der papiernen Handfeste (dem Tübinger Vertrag, welchen Prälaten und Städte mit dem Herzog geschlossen) nicht beruhigen wollten. Das Interesse der Landesgemeinde siegte in beiden Fällen, und dieses zu fördern, sollten sich in dem jetzt enger geschlossenen Staatsvereine alle Stände doppelt berufen fühlen. Dazu kann es aber nicht führen, wenn die Absonderung der Stände noch weiter ausgebildet wird, als sie es bereits ist, oder wenn das Vorbringen von Landesdesiderien und Landesgravamina, was doch das geringste Recht der Stände ist, so unnatürlich erschwert wird, wie wir oben (S. 152) bemerkt haben, wonach es geschehen kann, daß 27 Mitglieder der ersten Kammer, oder die 10 neuen Stimmen der königlichen Prinzen in Verbindung mit 18 andern, vielleicht ebenfalls neuen Stimmen, die anderen 590 verhindern, eine Bitte über innere Angelegenheiten des Staats oder mehrerer Provinzen an die Regierung zu bringen, während Petitionen, welche das Interesse einer einzelnen Provinz betreffen, sowie Petitionen über auswärtige Angelegenheiten gar nicht vom allgemeinen Landtag ausgehen können. Dieser Zug der

*) Pertz tom. II. p. 283.

neuen Verfassung ist unsrem s. g. humanen Zeitalter, man kann sagen, der Ehre unseres Volkes so sehr zuwider, daß man hier einen unglücklichen Irrthum vermuthen sollte, wenn nicht derselbe mit andern Beschränkungen des Petitionsrechts (§. 13. 16. 20. 21 der Beil. 1 zum Patent) ein System bildete, das den Landtag und die Regierung als unnahbar hinstellt. Auch bei den Provinzialtagen findet sich eine ähnliche Beschränkung der Beschlußfassung, indem dort für Beschlüsse, welche von der Regierung selbst gefordert sind, eine Majorität von zwei Drittheilen für nothwendig erachtet wird. Die jezt gemachte Ausnahme bei den Bitten und Beschwerden des allgemeinen Landtags ist aber um so auffallender, als sie die einzige ist, indem zu einem Beschluße über Gesezesentwürfe, ja sogar über Verfassungsänderungen, die von der Regierung beantragt sind, die einfache Mehrheit genügt.

Sollte es unter diesen Beschränkungen dem vereinigten Landtage möglich werden, über die neue Verfassung gegen ihren königlichen Geber sich auszusprechen, oder Veränderungen derselben, wozu sein Beirath (nicht Consens) künftig nöthig ist (§. 12 a. a. O.) herbeizuführen, so ist hinsichtlich seiner Zuständigkeit kein gerechtes Bedenken zu hegen. Entweder betrachtet man den vereinigten Landtag als constituirte (d. h. verfassungsmäßig gebildete) Versammlung: dann hat er seine Aufgabe zunächst aus dem Patent vom 3. Febr. und den beigegebenen Verordnungen zu schöpfen, wonach ihm zusteht, über solche Aenderungen, welche nicht, als die Verfassung einer einzelnen Provinz betreffend, von dem Landtag dieser Provinz zu berathen sind, sein Gutachten abzugeben. Oder er ist constituirende (verfassunggebende) Behörde: dann kann man nur verlangen, daß seine Zusammensetzung der bereits bestehenden Organisation des Volks und Landes entspreche, d. h. daß solche Personen zur Theilnahme gerufen sind, welche als naturgemäße oder politisch anerkannte Organe des Volks in seinen hervortretenden Lebenskreisen sich darstellen. Daß dieß bei dem vereinigten Landtage der Fall sei, läßt sich nicht in Abrede stellen. Denn wenn auch die Abgeordneten zu den Provinzialtagen nicht für die Prüfung der neuen Verfassung besonders gewählt sind, so liegt doch schon in ihrem Berufe, Rath zu ertheilen über allgemeine Geseze, von selbst auch die Befugniß, zu einem Verfassungsgesez den berechtigten Beirath zu geben. Das Recht, den Abgeordneten

bindende Instructionen zu ertheilen, kommt aber den Wählern schon nach der Provinzialverfassung nicht zu.

Es ist behauptet worden*): das Patent vom 3. Febr. nebst den anhängigen Verordnungen sei nichtig:

1. aus dem Grunde, weil es ohne vorausgegangenes Gutachten des Staatsraths erlassen worden. Allein die Fassung jener Geseze, worauf man sich beruft, liefert zwar nicht den Beweis eines solchen Gutachtens, aber auch nicht des Gegentheils. Bekannt ist übrigens, daß eine längere Discussion über die Verfassung im Staatsrath stattgefunden, und die formelle Vorschrift, daß eines solchen Vorgangs im Eingange des Gesezes zu erwähnen sei, findet sich nicht im preussischen Staatsrechte.

2. weil der Beirath der Provinzialstände umgangen worden. Dieser Einwand scheint wichtiger, weil er mit den den Ständen verliehenen Rechten zusammenhängt. Aus dem allgemeinen Geseze vom 5. Juni 1823, woraus er hergeholt, geht jedoch unmittelbar auch seine Widerlegung hervor. Allerdings ist dort gesagt: „Sollten Wir künftig in diesen besonderen (den einzelnen Provinzialständen verliehenen) Gesezen Abänderungen als wohlthätig und nützlich erachten, so werden Wir diese nur nach vorangegangenem Beirath der Provinzialstände treffen." Sodann aber wird fortgefahren: „Wann eine Zusammensetzung der allgemeinen Landstände erforderlich sein wird, und wie sie dann aus den Provinzialständen hervorgehen sollen; darüber bleiben die weiteren Bestimmungen Unserer landesväterlichen Fürsorge vorbehalten." Diese Ausnahme beschränkt ebenso sehr den mehrerwähnten Grundsaz, wonach, so lange keine allgemeinen Stände sind, den Provinzialständen allgemeine Geseze zur Berathung mitgetheilt werden sollen, als das unmittelbar vorausgehende Versprechen, Abänderungen der Provinzialverfassung betreffend. Dagegen sind die Provinzialstände durch die neue allgemeine Verfassung, wohl nicht zweckmäßig, in so fern gesichert, als eine Aenderung ihrer besonderen Rechte nur auf dem besonderen Landtage zu berathen ist.

---

*) Simon, Annehmen oder Ablehnen? Die Verfassung vom 3. Febr. 1847, beleuchtet vom Standpunkte des bestehenden Rechts, Leipzig 1847.

**) Die versuchte Einwendung, daß das Volk das allgemeine Recht hätte acceptiren können ohne den beigefügten Vorbehalt — die donatio sub modo ohne den modus — ist nicht zu billigen.

V.

Erörterungen und Betrachtungen über Gewissensfreiheit.

Von

Wilda.

„Gewissensfreiheit ist der laute Schrei der gebährenden Zeit. — Wer die Macht der eine Zeit beherrschenden Idee verachtet, der hat sich um sein geschichtliches Erbtheil gebracht."
Rudelbach.

In allen neuern Verfassungsgesetzen wird unter den, den Staatsbürgern oder Landeseinwohnern zugesicherten, Rechten „Gewissensfreiheit" als eines der ersten genannt. Schon dadurch würde sich die Wahl des Gegenstandes, mit welchem wir uns hier beschäftigen wollen, insbesondere auch zur Behandlung in dieser, dem deutschen Staats- wie Privatrecht gewidmeten, Zeitschrift genugsam rechtfertigen, wenn auch nicht die Frage: was unter Gewissensfreiheit in unseren Gesetzen verstanden worden? und insbesondere, welche Bedeutung und Ausdehnung jenem Rechte gegeben werden müßte? eine in den letztern Jahren fast von Tag zu Tage steigende Bedeutung erhalten hätte. Auch ist die Wahl kaum eine ganz freie und absichtliche gewesen. Vorgänge in unserem Vaterlande, insbesondere auch in der nächsten Umgebung des Verfassers, Bewegungen und Kämpfe, bei welchen fast schon Niemand mehr ganz unbetheiligt oder unentschieden bleiben kann, drängten gleichsam schon vor mehr als $1^1/_2$ Jahren, einige Bemerkungen niederzuschreiben. Doch bevor der Verf. noch zu Ende gekommen war, genügte das Niedergeschriebene nicht mehr; der Stoff war unter den Händen gewach-

sen, andere Fragen, neue Betrachtungen hatten sich aufgedrängt; es wurde nun von Neuem begonnen, um der Abhandlung in erweiterter Gestalt auch eine mehr wissenschaftliche Form zu geben. Oeftere Unterbrechungen traten ein; die Arbeit blieb oft Monate lang liegen; Einzelnes, gleichsam außer Zusammenhang mit dem Uebrigen niedergeschrieben, mußte erst später, unter Umgestaltung anderer Abschnitte, eingefügt werden. So ist die Arbeit in einer längern Zeit gewissermaßen stückweise entstanden, und dieß wird wohl manche Mängel, wenn auch nicht eigentlich entschuldigen, doch erklären. Schon durch die Ueberschrift sollte daher angedeutet werden, daß der Verf. keinen Anspruch darauf macht, den schwierigen, inhaltsreichen Gegenstand genügend und vollständig behandelt zu haben. Manches mußte abgewiesen werden, indem hier die Aufgabe herantrat, das Verhältniß von Kirche und Staat aus dem Wesen derselben zu entwickeln; dort die Versuchung vorlag, einzelne im Leben sich gestaltende Verhältnisse vom juristischen Standpunkt näher zu betrachten und zu zergliedern. So wichtig jenes auch für die eigentlich wissenschaftliche Auffassung und Grundlegung, dieses für die Handhabung und Anwendung der aufgestellten Grundsätze, — wobei erst manche Schwierigkeiten recht hervortreten, — sein mag, so mußte der Verf. sich doch gleichsam in einer mittlern Region zu halten suchen, sollte die Arbeit nicht seine Kräfte übersteigen, einen noch größern Aufwand von Zeit fordern und endlich in dieser Zeitschrift Platz finden können. Um dieser äusseren Gründe wegen ist selbst Manches wieder getilgt oder zurückgelegt worden. Die Arbeit hat ihren Zweck erreicht, wenn sie bei dem Durcheinander der Ansichten, Behauptungen und Bestrebungen mit dazu beitragen wird, richtigere Erkenntniß der rechtlichen Bedeutung und Begränzung der Gewissensfreiheit in unserm deutschen Vaterland, sowie insbesondere aber auch eine unbefangene Würdigung derselben zu verbreiten.

§. 1.

„Gewissensfreiheit — sagt der alte Moser in seiner schlichten Weise [1]) — besteht darin, wenn der Mensch in Religionssachen denken und handeln darf, wie er will, ohne von der geistlichen oder weltlichen Obrigkeit darin verhindert oder bestraft zu werden.“ Es ist darin angedeutet, daß man eine kirchliche und weltliche Gewissens-

1) J. J. Moser, von der teutschen Religionsverfassung. 1774. S. 36.

freiheit, die freilich in der innigsten Beziehung stehen und auf derselben Grundlage beruhen, unterscheiden kann. Gewissensfreiheit innerhalb der Kirche findet statt, wenn diese die Selbstständigkeit oder freie Persönlichkeit der Individuen anerkennt und zur Grundlage ihrer ganzen Einrichtung hat. Einer solchen Kirche ist ein Priesterthum fremd, welches das religiöse Bewußtsein gleichsam zum privilegirten Besitzthum einer besondern Classe von Personen macht. Sie kennt keine Glaubensgesetze, welche unbedingte Anerkenntniß und Unterwerfung fordern, sondern nur Lehren, deren Macht in der Ueberzeugung liegt, die sie wirken; welche jeder, so weit er es vermag, zu prüfen und sich möglichst frei und ganz zu eigen zu machen hat; und die auch niemals als abgeschlossen angesehen werden können. Sie fordert, daß alle Religionshandlungen aus freier Entschließung hervorgehen sollen, und verschmäht es, durch irgend welche Zwangsmittel dazu anzuhalten. Und indem sie nur durch dargebotene, nie aufgedrungene Belehrung wirkt, übt sie keine Zucht, um ihre Mitglieder zum Glauben, zum kirchlichen Leben, zur Sittlichkeit anzuhalten. Der Gegenstand unserer Erörterung soll aber nur die staatliche Gewissensfreiheit sein. Diese möchten wir aber nun näher bestimmen, als das Recht jedes selbstständigen Staatsgenossen: seine religiöse Ueberzeugung frei zu äußern und zu bekennen, Gott in der von derselben geforderten oder darnach für angemessen erachteten Weise zu verehren, den Lebensmomenten und Handlungen, welchen nach den Religionsbegriffen eine religiöse Bedeutung beiwohnt, die erforderliche Weihe geben zu lassen, und andererseits zu Nichts genöthigt zu werden, was nach jenen Religionsbegriffen als unzulässig erscheint. Dieses Recht schließt jeden directen wie indirecten, jeden moralischen wie physischen Zwang aus; daher jede Verhinderung an einem Verhalten, wie es bei voller Freiheit stattgefunden haben würde, jede Verhängung von Rechtsnachtheilen, möge dieselbe mehr als Strafe sich darstellen oder als bloße Entziehung und Verweigerung von Rechten um des religiösen Glaubens willen, als eine Beeinträchtigung oder Beschränkung der Gewissensfreiheit betrachtet werden muß.

Man kann daher die Gewissensfreiheit auf drei Hauptstücke zurückführen: Bekenntnißfreiheit, Cultusfreiheit und ungeschmälerte Rechtsfähigkeit [2]).

---

[2]) S. auch S. Jordan, Lehrbuch des allgemeinen und deutschen Staatsrechtes. Bd. 1. §. 68. Nr. 5.

Aehnlich sagt denn auch Rudelbach [3]): „Religionsfreiheit — was ihm gleich bedeutend mit Gewissensfreiheit ist — sei ihrem Begriffe nach die zur Bekenntnißfreiheit erhobene Glaubensfreiheit, und die in jener mitgesetzte Cultusfreiheit und die Freiheit der Mitglieder der auf der Religion gegründeten Gemeinschaft, ihre Verfassung zu ordnen, und die Religion auszubreiten." Wiewohl der ungeschmälerten Rechtsfähigkeit hier nicht als Bestandtheil der Gewissensfreiheit erwähnt wird, so sieht es doch der vorgenannte Autor (Thesis 35) als unerläßlich an: „daß Niemanden aus seinem kirchlichen Dissens ein bürgerlicher Nachtheil erwachse." — Das Recht, die Religion auszubreiten, möchten wir aber nicht als etwas Besonderes hervorheben, denn wo ein Glaube in Rede und Schrift frei bekannt, in seinen Eigenthümlichkeiten anderen Religionen gegenüber entwickelt und dargestellt werden kann, und wo derselbe frei und offen geübt wird, da ist seiner Verbreitung schon volle Freiheit und Alles was in dieser Hinsicht verlangt werden kann, gewährt [4]).

Moser setzt zu seiner Erklärung, von welcher wir ausgegangen sind, hinzu: „daß eine solche uneingeschränkte Gewissensfreiheit der deutschen Reichsverfassung nicht gemäß sei." Das gilt auch noch heute; selbst in den neuern Gesetzen unserer sog. constitutionellen Staaten wird unter Gewissensfreiheit keineswegs das verstanden, was wir hier unter diesem Namen begriffen haben. Früher pflegten die Juristen daher wohl zwischen einer vollkommenen und unvollkommenen Gewissensfreiheit in Beziehung auf unser positives Recht

---

3) Rudelbach, 49 Thesen über das Wesen, die Entwicklung und die Form der Religionsfreiheit in der Zeitschrift für lutherische Theologie und Kirche. 1843. IV. S. 89 ff.

4) Der Verfasser hatte, indem er dieses schrieb, vielleicht das preuß. Religions-Edict vom J. 1788 vor Augen, worin es heißt: es solle die in den Preussischen Staaten von jeher eigenthümlich gewesene Toleranz der übrigen Secten und Religionsparteien ferner aufrecht erhalten und Niemanden der mindeste Gewissenszwang zu keiner Zeit angethan werden, so lange ein jeder ruhig als ein guter Bürger des Staates seine Pflichten erfüllt, seine jedesmalige besondere Meinung aber für sich behält, und sich sorgfältig hütet, solche nicht auszubreiten oder andere dazu zu überreden und ihren Glauben wankend zu machen.

zu unterscheiden [5]). In neuerer Zeit ist es üblicher und beliebter geworden, Religionsfreiheit für die eigentliche (vollkommene) Gewissensfreiheit zu gebrauchen, und mit diesem letzten Wort ein mehr oder minder beschränktes Maas religiöser Freiheit zu bezeichnen. So auch von Aretin in seinem constitutionellen Staatsrecht [6]), welcher die einem jeden Bürger in einem nach den Principien desselben geordneten Staat zuzusichernde, vollkommene (!) Gewissensfreiheit darein setzt: „daß Niemand zu einer andern Religion gezwungen werden kann; jedem freisteht, zu einer andern Religion überzutreten, keinem seiner Religion wegen der Staatsschutz verweigert werden darf, und die Ausübung des Cultus oder die Gottesverehrung jedem wenigstens in seinem Hause gestattet werden muß." Die Religionsfreiheit besteht dem gemäß in der unbeschränktern Cultusfreiheit (also mindestens in der Berechtigung zum sog. Privatgottesdienst) und in dem Vollgenuß der bürgerlichen und politischen Rechte. Wie diese verschiedenen Auffassungen entstanden sind, was davon zu halten sein möchte, wird sich im Verfolg der Abhandlung ergeben.

§. 2.

So lange Religion und Recht noch in bestimmter Weise nicht von einander geschieden sind, das Recht entweder wie in theokratischen Staaten in der Religion aufgeht, oder diese nur Bestandtheil der Staatsverfassung ist, mithin bald alle Religion zum Recht, bald mehr alles Recht zur Religion wird; so lange die Gottheit in unnahbarem, verhülltem Heiligthum wohnt und zu den Menschen nur redet durch den Mund des Priesters, — tragen die Satzungen der Religion den Charakter von Gesetzen, welche strengen Gehorsam heischen, und von Menschen mit irdischer Macht ausgerüstet, durch weltliche Gewalts- und Zwangsmittel überwacht und gehandhabt

---

5) J. H. Boehmer, dissert. praelim. de jure circa libertatem conscientiae (Jus eccl. Protest. Vol. II.) §. 37: Conscientiae libertas plena dicitur quae liberum publicumque religionis exercitium cum omnibus inde dependentibus effectibus habet; minus plena quae publico liberoque exercitio destituta vel privatis sacris vel devotioni domesticae relicta vel sola tolerantia nititur.

6) Von Aretin, Staatsrecht der constitutionellen Monarchie (Altenburg 1824) Bd. 2. S. 88.

werden. Durch das Christenthum, welches das Reich der weltlichen Mächte von dem Reiche Gottes geschieden, den Bund mit dem Saamen Abrahams zu einem Bunde mit der Menschheit erweitert, die Furcht Gottes zur Liebe Gottes verklärt, an die Stelle des priesterlichen Opfers und der Beobachtung äußerer Gebräuche das Opfer, welches auf dem Altar des eigenen Herzens dargebracht wird, und die Werke der Liebe gesetzt hat, — ist die Religion, welche früher mehr Sache der Staaten und der Völker war, Sache der Individuen geworden, und es mußte somit auch die Anforderung entstehen, daß Gewissensfreiheit als ein heiliges Recht im äußern Leben anerkannt werde [7]). Die Principien, worauf diese Anforderung beruht, sind aber: das Verhältniß aller Menschen zu Gott ist ein freies, unmittelbares; es giebt in dieser Beziehung so wenig einen Unterschied der Völker wie der Geschlechter; der Glaube, der nicht in einem äußern Bekenntniß besteht, sondern in der innersten Werkstatt des menschlichen Geistes sich gestaltet, kann nur durch die Macht der Wahrheit und des Wortes erweckt werden; Gott allein, der die Kraft verleihet, die Wahrheit zu erkennen und in sich lebendig zu machen, dem allein das innerste Heiligthum des Menschen erschlossen ist, dessen Auge das Ringen nach Wahrheit sieht, dessen Ohr das stumme Gebet der Herzen vernimmt, sind wir allein Rechenschaft für unsern Glauben schuldig; sein sind allein die Gerichte; weltliche Macht hat daher nicht zu schaffen und zu regieren im Reiche des Glaubens, denn sie kann wohl Menschen quälen, bedrücken, ihnen um ihres Glaubens willen Güter und äußere Ehren entziehen, das Leben nehmen; aber wie es außer ihrem Beruf liegt, den Glauben zu richten, so wenig vermag sie es, ihn zu erwecken. Das menschliche Gemüth und die menschliche Vernunft, welche die Pflicht des Gehorsams in weltlichen Dingen anerkennt, widerstrebt daher allem Zwang, aller Einwirkung durch äußere Mittel in Sachen des Glaubens; und die Erfahrung hat sattsam gelehrt, so oft es wieder vergessen worden ist, daß solche Einwirkung, statt ihren Zweck zu erreichen, entweder Heuchler hervorruft oder Haß gebiert, und dadurch die Seelen verdirbt und die Religion selbst herabwürdigt, welche des weltlichen Arms zu ihrer Aufrechthaltung, ihrem Schutze bedarf.

---

7) S. auch Neander's Kirchengeschichte Bd. 1. S. 68.

§. 3.

Diese Grundsätze der Gewissensfreiheit, welche in allen Zeiten religiöser Bewegung mit erneuter Kraft hervorgetreten sind, sind schon von den ältesten Worthaltern und Vätern der christlichen Kirche den Herrschern entgegengehalten worden, als das Christenthum noch verfolgt und gedrückt war, und sind geltend gemacht worden, als unter den Christen selbst Parteiungen und Verfolgungen entstanden waren.

So schreibt, um aus Vielem nur Einiges hervorzuheben, Lactanz, der in vielen Stellen seiner Schriften der Gewissensfreiheit das Wort redet:

Religio sola est, in qua libertas domicilium collocavit. Res est enim praeter caeteras voluntaria, nec imponi cuiquam necessitas potest, ut colat quod non vult. Potest aliquis forsitan simulare, non potest velle[8]).

Weiter führt dieses auch Tertullian in einem Brief an den Kaiser Severus aus[9]):

Amicos diligere omnium est, inimicos solum Christianorum. — Putatis deos esse quos non Daemonas scimus; tamen humani juris et naturalis potestatis est, unicuique quod putaverit colere: nec alii obest aut prodest alterius religio: sed nec religionis est cogere religionem, quae sponte suscipi debet, nec vi; cum et hostiae ab animo libenti expostulentur. Ita et si nos compuleritis ad sacrificandum nihil praestavitis diis vestris, ab invitis enim sacrificia non desiderabunt, nisi contentiosi sunt; contentiosus autem Deus non est etc.

Als die arianische Partei am Hofe des Kaisers Constanz mächtig geworden war[10]), da schrieb der, durch Tiefsinn und Geistesfreiheit gleich ausgezeichnete Bischof Hilarius von Poitiers an den Kaiser[11]):

---

8) Lactantii epitome c. 54. — Vergl. desselben Institut. V. c. 19. 20.

9) Tertullianus ad Scapulam p. 498 (ed. Basil. 1591).

10) S. Gieselers Kirchengesch. Bd. 1. Abth. 2. S. 56. (4. Ausg.) Neander, Kirchengesch. Bd. 2. S. 844 ff.

11) Hilarius Pictaviensis ad Constantium Imp. pag. 208 ed. Basil. 1570. Vergl. auch Neander, Kirchengesch. Bd. 2. S. 286.

Intelligit singularis et admirabilis sapientia tua, non decere, non oportere cogi et compelli invitos et repugnantes, ut se his subjiciant et addicant, vi oppressi, qui non cessant adulterinae doctrinae corrupta semina spargere. Idcirco laboratis, et salutaribus consiliis Rempublicam regitis, excubatis etiam et vigilatis: ut omnes quibus imperatis dulcissima libertate potiantur. Non alia ratione quae turbata sunt componi, quae divulsa sunt coërceri possunt: nisi unusquisque nulla servitutis necessitate adstrictus, integrum habent vivendi arbitrium.

Vor Allem dürfte aber noch eine Stelle aus den Schriften des Marseiller Presbyter Salvian (440) hervorzuheben sein, in welcher sich eine nicht gewöhnliche Freiheit der Auffassung, Milde und Billigkeit in Beurtheilung Andersdenkender ausspricht:

Heretici sunt — sagt er von den Arianern — sed non scientes. Denique apud nos sunt heretici, apud se non sunt. Nam in tantum se catholicos esse judicant ut nos ipsos titulo heretici appellationis infament. Quod ergo illi nobis sunt et hoc nos illis. Nos eos injuriam divinae generationi facere certi sumus quod minorem patre filium dicant; illi nos injuriosos patri existimant, qui aequales eos esse credamus. Veritas apud nos est: sed illi apud se praesumant. Honor Dei apud nos est, sed illi hoc arbitrantur, honorem divinitatis esse quod credunt. Inofficiosi sunt: sed illis hoc summum religionis officium. Impii sunt, sed hoc putant veram esse pietatem. Errant ergo sed bono animo errant, non odio sed affectu Dei, honorare se Dominum et amare credentes. — Quamvis non habent rectam fidem, illi tamen hoc perfectam aestimant Dei caritatem. Qualiter pro ipso opinionis errore in divino judicio puniendi sunt, nullus potest scire nisi judex. Interim idcirco eis, ut reor, patientiam Deus commendat, quia videt eos etsi non recte credere, affectu tamen piae opinionis errare« [12]).

Auch an Herrschern fehlte es schon in älterer Zeit nicht, welche

12) Salvianus Massil. de gubernatione Dei. Lib. V.

den Religionszwang als einen Frevel gegen Gott selbst wie gegen die Menschen bezeichneten. Der Kaiser Marcian rescribirte:

»Igitur Nostra Clementia nulli penitus necessitatem praecepit imponi, quatenus aut subscribat aut consentiat, si noluerit: Non enim terrore non violentia, aliquos volumus ad viam trahere veritatis — pro quibus ausibus, necessario reddituri estis omnium deo et domino rationem, in cujus injuriam, si dici fas est talia facere praesumpsistis, opprobrium et irrisio scelestis, paganis, et haereticis, justissime effecti, quibus estis exemplum confusionis effecti« [13]).

Der König Theodat von Italien schrieb aber an Kaiser Justinian:

»Cum Divinitas patiatur multas religiones esse, Nos unam non audemus imponere. Retinemus enim legisse: Voluntarie sacrificandum esse Domino, cum cujusquam cogentis imperio: quod qui aliter facere tentaverit, evidenter celestibus jussionibus obviavit« etc. [14]).

Wir müssen diese und so viele ähnliche Aussprüche, welche sich noch anführen ließen [15]), als Ausdruck eines, durch den Geist des Christenthums erweckten Bewußtseins betrachten, welches aber bei Manchem durch die eigene Noth und Bedrängniß, durch die Gefährdung seines Glaubens erst hervorgerufen, wieder völlig erstorben schien, wenn es nun galt, die beanspruchte Freiheit auch Anderen zu gewähren [16]).

§. 4.

Es ist ein trauriges, aber leider auch reich beschriebenes Blatt der Geschichte, welches uns erzählt, wie die Religion, deren höchstes Gebot die Liebe ist, welche die Menschheit zu einem großen Bruderbunde vereinigen sollte, dazu dienen mußte, den bittersten Haß unter denen selbst, welche Christi Namen bekannten, zu erwe-

---

13) Goldasti Constit. Imp. T. 3 p. 604.

14) Cassiodor. epist. X. 26.

15) Viele findet man in Pfeffinger, Vitriarius illustr. T. IV. p. 25. — Llorente, histoire de l'inquisit. T. IV. p. 206 ff. — Gieselers Kirchengeschichte S. 10. 316.

16) S. hierüber auch Neander, Kirchengesch. Bd. 2. S. 70.

ken, die grausamsten Verfolgungen hervorzurufen, die blutigsten und wildesten Kriege zu entzünden. Die Verfolgungen, welche die Christen selbst Anfangs zu erleiden hatten, die Zeiten, in welche die Verbreitung des Christenthums fiel, der Charakter und Sittenzustand der Völker, welche zunächst unter dem Kreuze sich schaarten, mögen fortwirkend dazu beigetragen haben, jenes höllische Feuer zu nähren. Entzündet ist aber die bis auf den heutigen Tag noch nicht erloschene Flamme worden, als das Christenthum, welches sich bis dahin aus eigener Kraft unter den Völkern verbreitet hatte, bereits zu einer priesterlichen Kirche verfestet, durch weltliche Gesetze und Machtbefehl zur Reichsreligion erhoben, und unter den Schutz blutiger Machtgebote gestellt wurde; als die Parteien, welche die verschiedenen Auffassungen der Lehre des Heilands hervorgerufen hatten, sich um die Gunst der Herrscher und der Höfe zu bewerben anfingen; die Herrscher sich selbst nun in die Religionsstreitigkeiten einmischten; mit ihrem Ansehen und ihrer Macht die Parteien, welche ihnen als die rechtgläubigen galten, unterstützten; ihr unmittelbarer Einfluß, oder doch die Rücksicht auf die Hofgunst, nicht selten die Stimmenmehrheit auf den Synoden erwirkte oder bestimmte; die Abweichung von den Lehrnormen, die der Kaiser als rechten Glauben anerkannt und sanctionirt hatte, mit Entziehung aller Rechte bedroht, den schwersten Verbrechen gleichgesetzt wurde; als die streitenden Lehrer der Kirche sich einander verfluchten und verfolgten; und bei diesen Streitigkeiten über den wahren Christenglauben, welche (so große und mächtige Gestalten dabei auch hervortraten) nicht selten auch den schlechtesten Motiven, der Herrschsucht, dem Hasse u. s. w. zum Deckmantel dienen mußten, christliche Liebe so ertödtet, christliches Leben so erstorben war [17]), daß das Verhalten der Christen gegen einander selbst den Unwillen wohlmeinender Heiden erregte; so daß Ammian Marcellin bemerken durfte [18]), daß wilde Thiere nicht ärger gegen einander wütheten, als die Christen, und nachmals der fromme Hilarius, jenen Ausspruch gewissermaßen bestätigend, schreiben konnte:

---

17) S. Neander, Kirchengesch. Bd. 2. S. 281 ff. Man unterlasse aber auch nicht darüber unsres Herder: Ideen zur Gesch. d. Menschheit Buch VII. c. I. III. (Bd. 6 zur Philos.-Gesch. S. 62. 97. Ausg. v. 1807) nachzulesen.

18) Ammian. Marcell. XXII. 5. Hase, Kirchengesch. §. 135.

»Dum in verbis pugna est, dum de novitatibus quaestio est, dum de studiis certamen est, dum in consensu difficultas est, dum alter alteri anathema esse coepit, prope jam nemo Christi est«[19]).

In dieser Zeit nun trat die Ansicht, wornach Glaubenszwang nothwendig Grundlage und Schutzwehr der christlichen Kirche sein sollte, entschiedener hervor, und befestigte sich mit dem Sieg der katholischen Kirche über ihre Gegner, besonders die Arianer, und mit der wachsenden Gewalt der Hierarchie, welcher sie zur Stütze diente. Die Ausbildung jener Anschauungsweise ist besonders aber auch durch die Wirksamkeit des heil. Augustin gefördert worden. Er, der von den Arianern verfolgt, selbst die Gewissensfreiheit vertheidigt hatte, rief nachmals in dem Streite mit den Donatisten die Macht der Gesetze, das Schwert der Fürsten gegen die Häretiker und Schismatiker zu Hülfe; wobei aber auch nicht verkannt werden darf, daß er demungeachtet mit einem Muthe, der seiner Glaubensstärke gleich kam, sich nicht selten grausamen Verfolgungen, und überhaupt der Verhängung der Todesstrafe widersetzt[20]). Hatten, wie wir zuvor gesehen haben, einzelne Kirchenväter gelehrt: es sei ein heiliges Recht jedes Menschen, Gott nach seiner Ueberzeugung zu verehren; es könne und dürfe Niemand um seines Glaubens willen Gewalt angethan werden;

---

19) Hilarius ad Constantium II. 5. Vergl. Gieselers Kirchengesch. §. 104 Bd. I. 2. S. 322.

20) Von dieser seiner Sinnesänderung spricht Augustinus selbst in einem Brief (96) an den Vicentius, und rechtfertigt sie durch den Erfolg, welchen die strengen Maßregeln, die auf seinen Antrieb gegen die Donatisten ergriffen worden, gehabt hätten: mea primitus sententia non erat, nisi neminem ad unitatem Christi esse cogendum, verbo esse agendum, disputatione pugnandum, ratione vincendum, ne fictos catholicos haberemus, quos apertos hereticos noveramus. Sed mea opinio non contradicentium verbis, sed demonstrantium superabitur exemplis. Nam primo mihi oponebatur civitas mea, quae cum tota esset in parte Donati, ad unitatem catholicam timore legum imperialium conversa est, quam nunc videmus ita hujus animositatis perniciem detestari, ut in ea nunquam fuisse credatur. Vergl. auch Neander, Kirchengesch. Bd. 2. S. 458 ff.

auch die innigste Ueberzeugung, selbst den einzig rechten und wahren Glauben zu haben, könne keine Befugniß geben, dem Gewissen des Andern zu nahe zu treten, und ihn seines Glaubens wegen mit Härte zu behandeln; es sei endlich Pflicht der Staatsgewalt, dahin zu wirken, darüber zu wachen, daß Jeder frei und unbeschränkt seines Glaubens leben könne; so wurden nun mit größerem Erfolg die Ansichten und Lehren geltend gemacht: es gebe nur Einen wahren, von Gott selbst geoffenbarten, dem ganzen Menschengeschlechte verkündeten Glauben, das sei der Christenglaube, und zwar einzig und ausschließlich in der Weise, wie er in der Kirche als der rechte Glaube festgestellt worden sei; Pflicht der Staatsgewalt sei es, die Kirche in der Ausbreitung, Aufrechterhaltung, Befestigung dieses wahren Glaubens zu unterstützen, und wo ihr Wort nicht hinreiche, mit dem Schwerte zu Hülfe zu kommen[21]). Zwang und Strafe rechtfertigen sich aber, indem Derjenige, welcher sich dem rechten Glauben verschließe, oder von ihm abfalle, sich selbst das Gericht spreche, Derjenige aber, welcher etwa ungerechterweise um des wahren Glaubens willen ein Uebel erleide, sich ja dadurch das ewige Leben erwerbe[22]). Es seien dergleichen Mittel — lehrte man — um so weniger zu mißbilligen, und mit der christlichen Liebe unvereinbar, da sie ja nur zum Besten Derer, welche davon betroffen würden, gebraucht werden, um sie dem rech-

---

21) C. 21 C. XXIII. q. 5. (Leo papa I. epist. 29.): Res autem humanae aliter tutae esse non possunt, nisi quae ad divinam confessionem pertinent et Regia et sacerdotalis defendat auctoritas c. 20 ibid. Principes seculi nonnunquam intra Ecclesiam potestati adeptae culmina tenent, ut per eandem disciplinam Ecclesiasticam muniant. Ceterum intra Ecclesiam potestates necessariae non essent, nisi ut quod non praevalet sacerdos efficere per doctrinae sermonem, hoc impleat per disciplinae terrorem.

22) c. 33 l. c. (Augustinus contra literas Petilliani 2. c. 84.) Cum aliquid adversus vos Reges constituunt, admoniti vos creditis ut cogitetis, quare ista patiamini. Si propter justitiam revera illi persecutores vestri sunt vos autem beati, qui persecutionem passi propter justitiam possidebitis regnum coelorum. Si autem propter iniquitatem schismatis vestri; quid illi qui correctores vestri sunt vos autem, sicut ceteri diversorum scelerum rei, qui poenas legibus pendunt, profecto infelices et in hoc et in seculo futuro.

ten Glauben zuzuführen, ihnen das ewige Leben zu sichern, und auch auf Andere durch Beispiel und Furcht zu wirken [23]); daher sei es auch unrecht zu sagen: die Kirche verfolge, wo sie nur aus Liebe handle [24]). Und wenn auch, wie man sage, durch Gewalt Niemand zum Glauben gezwungen werden könne, so lehre doch die Erfahrung, daß durch Furcht und Strafe der verschlossene Sinn manches Menschen sich der Wahrheit geöffnet habe [25]). Leo der Große vertheidigt aus diesem Grund auch schon die Hinrichtung des Priscillian (385), welche zu ihrer Zeit noch allgemein verabscheut worden war [26]), und gegen den, auch von Augustin geltend gemachten Grundsatz stritt, daß man des Lebens der Ketzer und Ungläubigen schonen müsse [27]). Hatte doch auch schon vor ihm der heil. Hieronymus allgemein ausgesprochen:

---

23) c. 53. C. XXIII. q. 4. (Augustinus ad Macedonium epist. 52). Debet homo diligere proximum tamquam se ipsum: ut quem potuerit hominem, vel beneficentiae consolatione vel informatione doctrinae vel disciplinae coercitione, adducat ad colendum Deum. — c. 37. C. XXIII. q. 5. (Augustinus de civit. Dei. 19. c. 16). Non est innocentiae parcendo sinere, ut in malum gravius incidatur. Pertinet ergo ad innocentis officium non solum nemini malum inferre, verum etiam cohibere a peccato, vel punire peccatum: ut aut ipse qui plectitur corrigatur experimento, aut alii terreantur exemplo.

24) c. 42 l. c. (Pelagius Papa.) Nos vos hominum vaniloquia retardent dicentium, quia persecutionem ecclesia faciat, dum vel ea quae committuntur reprimit, vel animarum salutem requirit. Errant bujusmodi rumoris fabulatores. Non persequitur nisi qui ad malum cogit. Qui vero malum vel factum jam punit, vel prohibet ne fiat, non persequitur iste sed diligit. etc.

25) So schreibt Augustin (epist. 185 ad Bonif. §. 21). Melius est quidem ad Deum colendum doctrina homines duci, quam poenae timore vel dolore compelli. Sed non quia isti meliores sunt, ideo illi qui tales non sunt negligendi sunt. Multis enim profuit (quod experimentis probavimus et probamus) prius timore vel dolore cogi, ut postea doceri.

26) S. Gieselers Kirchengeschichte §. 104 Not. 11. (1. Bd. 2. Abth. 4. Ausg. S. 317.)

27) Leo M. epist. 15 ad Turribium: — etiam mundi principes ita hanc sacrilegam amentiam detestati sunt, ut autorem ejus cum

gezogen und fortgerissen; sehen wir gleichsam in die angeborene Natur zurückfallen, und um so mehr darin sich verhärten, als Streitigkeiten mit Andersgläubigen zugleich die menschlichen Leidenschaften mancher Art erweckten[31]). Politische Verhältnisse und Rücksichten kamen hinzu. Luther selbst, welcher alle Einmischung des weltlichen Regiments in allen Glaubenssachen abgewiesen hatte, nahm die Unterstützung desselben gegen die Ketzer und Rottengeister in Anspruch, und empfiehlt in der Vorrede zu den Visitationsartikeln dem Churfürsten von Sachsen das Verfahren Constantins gegen die Arianer. Melanchthon und Beza billigten die Todesstrafe gegen Ketzer[32]), und Martin Bucer ist durchgängig für das Verbrennen derselben. So auch viele Andere; es blieb nicht bloß bei Worten. Es haben in neuerer Zeit katholische Schriftsteller, und allerdings nicht mit Unrecht, den Evangelischen davon genaue Rechnung gehalten[33]), wobei aber doch zu erwägen, daß es niemals an Gegensprache gefehlt hat, und daß das, was von den Evangelischen in einzelnen Fällen geschah, von den katholischen Gewalthabern in großartigem Maßstabe geschehen ist[34]).

§. 6.

In einer Zeit, wo die edelsten Männer des Volkes sich so wenig in die, von ihnen selbst verkündete und geforderte Gewissensfreiheit hineinzufinden wußten, konnte begreiflicherweise von einer Verwirklichung derselben, auch nur in beschränktem Umfang, nicht die Rede sein. Man würde daher die Staatsverträge und Reichsgesetze, bis zum westphälischen Frieden herab, auch mißdeuten, wenn man ihnen den Sinn unterstellen wollte, als hätte durch sie Gewißens- und Religionsfreiheit im deutschen Reiche anerkannt und

---

31) K. Hagen a. a. O. Bd. 2. S. 153 ff.

32) „Affirmo" schreibt jener an Calvin „etiam vestros magistratus juste fecisse quod hominem blasphemum (Servet), re ordine judicato interfecerint.

33) S. auch v. Linde, Staatskirche, Gewissensfreiheit, religiöse Vereine (Mainz, 1845) S. 24.

34) Man sehe was Hagen a. a. O. S. 321 nach Franck's Chronik fol. 445 über die Verfolgung der Ketzer und über die Hinrichtungen derselben durch die östreichische und bairische Regierung berichtet.

zum Princip erhoben werden sollen. Es ergibt sich dieß schon daraus, daß alle s. g. Secten, also alle, welche nicht entweder Katholiken waren, oder den Augsburgischen Confessionsverwandten beigezählt wurden, ausdrücklich von dem Religionsfrieden ausgeschlossen worden sind[35]), und man es sich gegenseitig zur Pflicht machte, keine solche Secten zu dulden[36]). Die Gesetze gegen die Ketzer blieben also gegen alle, mit Ausnahme der Augsburgischen Confessionsverwandten, in voller Kraft, wenn gleich um der letztern willen der, von der Bestrafung derselben handelnde Artikel (130) der Bambergensis in die Carolina nicht mit aufgenommen worden war. Und bekanntlich war es lange zweifelhaft geblieben, ob die Reformirten den Ketzern beigezählt, oder den Augsburgischen Glaubensverwandten gleichgesetzt und rechtlich zugerechnet werden sollten.

Aber auch nicht in dem Sinn ist der westphälische Frieden aufzufassen, daß zwei christliche Religionsparteien ihre Lehrmeinungen als eigenthümliche Auffassung des Christenthums anerkannt, und sich daher eine innere Berechtigung zugestanden hätten. Als man nach blutigen Kämpfen darauf verzichten mußte, die Reformation rück-

35) Religionsfrieden v. 1555 §. 17. „Doch sollen alle andern, so beeden Religionen nicht anhängig, in diesem Frieden nicht gemeint, sondern gänzlich ausgeschlossen sein."

36) Reichs.-Absch. v. 1566 §. 5. „— Uns verglichen, daß solcher Secten und irriger Opinionen, so wie gemeldt sich von beiden, der alten Religion und Augsburgischen Confession absondern, oder denselben zuwider sein, vermög des Religionsfriedens keineswegs gelitten noch geduldt, sondern allenthalben der Gebühr und dem Religionsfrieden gemäß gänzlich abgeschafft werden." Inst. P. O. VII. 2. „Sed praeter religiones nominatas nulla alia in sacro imperio Romano recipiatur vel toleratur." — Es ist entschieden irrig, wenn selbst ausgezeichnete Juristen, wie z. B. J. H. Boehmer J. eccl. prot. lib. V. t. 7 §. 192. G. L. Boehmer, principia juris can. §. 47. not. c. Pütter, hist. Entwicklung d. teutschen Staatsverf. (Bd. 2. S. 81.) diese letzte Bestimmung dahin haben erklären und beschränken wollen, daß jenen Secten nur das Reichsbürgerrecht und die Gleichstellung mit den öffentlich aufgenommenen Religionsparteien habe entzogen werden sollen. Dieß hat schon nachgewiesen J. J. Moser in seinen Abhandlungen aus dem teutschen Kirchenrecht (1772) S. 76 ff. und teutsche Religionsverfassung (1774) S. 24.

gängig zu machen, ist es zwischen beiden Parteien zu einem Frieden gekommen, welcher keineswegs auf eine Ausgleichung ihrer verschiedenen Religionsansichten begründet war, keineswegs auf einer gegenseitigen Anerkennung und Billigung derselben beruhte. Es wurde aber, wie es die politischen Verhältnisse erforderten, festgesetzt, daß zwischen beiden Parteien eine vollkommene Rechtsgleichheit (aequalitas exacta mutuaque)[37]) stattfinden, es daher Jedem gestattet sein sollte, nur seinem Gewissen folgend (conscientia libera), sich der einen oder andern dieser Religionsparteien anzuschließen, frei und ungestört seine Religion, dem Bekenntniß und der Kirchenordnung gemäß, auszuüben, ohne deßhalb irgend einen Rechtsnachtheil oder Zurücksetzung zu erleiden. Es gab mithin von jetzt an zwei (oder der Sache nach eigentlich richtiger drei) öffentlich aufgenommene, d. h. durch allgemeine Reichsgesetze gleich- und vollberechtigt erklärte — Reichskirchen. Diese volle Gleichstellung und Freiheit bezog sich aber nur auf das Reich, als solches, und kam daher allen Reichsunmittelbaren zu gut. In Beziehung auf die einzelnen Territorien war aber in dem westphälischen Frieden nur festgesetzt, daß Alles in dem Status quo des Jahres 1624 verbleiben solle. Es konnte daher in jedem deutschen Lande die eine oder andere der beiden Reichskirchen die herrschende Landeskirche sein, und es brauchte daneben, in so fern ein rechtlich begründeter Besitzstand nicht Statt fand, vermöge des s. g. Reformationsrechtes ein anderes Bekenntniß gar nicht geduldet zu werden[38]). Es konnten Diejenigen, welche einem solchen Bekenntniß angehörten, oder sich ihm zuwendeten, zur Auswanderung genöthigt werden; nur durften sie nicht geradezu als Anhänger einer verbotenen Religion, als Ketzer behandelt und bestraft werden, und wenn sie im Lande blieben, sollte ihnen daher die Hausandacht nicht verwehrt, und die bürgerlichen Rechte nicht entzogen werden.

Man hatte sich mithin, soweit es die Macht der Verhältnisse nothwendig machte und so gut es gehen wollte, mit einander verglichen Wie man katholischer Seite den Protestantismus ansah, welche Rechte man demselben eingeräumt haben würde, wenn man freie Hand ge-

---

37) Instr. P. Osn. Art. V. §. 1.

38) S. Eichhorn's Kirchenrecht Bd. 1 S. 284 ff.

hobt hätte, bedarf keiner Auseinandersetzung [39]); es ergiebt sich auch hinlänglich aus dem, was später sich ereignete. Entscheidender für die Denkungsart und Gesinnung der damaligen Zeit ist aber, daß auch Protestanten, Lutheraner wie Reformirte, jedes andere Bekenntniß als das ihrige „als eine verdammte unchristliche Lehre" betrachteten, und soweit sie es vermochten, in ihren Ländern zu unterdrücken oder zu beschränken suchten. So war z. B. in Schleswig Holstein in der letzten Hälfte des 16. Jahrhunderts entschiedener Grundsatz, daß diejenigen, welche nicht der reinen evangelisch-lutherischen Lehre zugethan waren, und sich von ihrem Irrthum nicht wollten abführen lassen, im Lande nicht geduldet werden durften [40]); und eine Reihe von Verordnungen waren erlassen, „um das Gift der falschen verführerischen Lehre", der Katholiken sowohl als der Wiedertäufer und Sacramentirer (Reformirten), nicht im Lande sich verbreiten zu lassen [41]). So sollte in Württemberg, wo in Landesgesetzen die lutherische Confession als „die alleinseligmachende" bezeichnet wird [42]), wer zu

---

39) In Francisci Burgkardi (cöllnischen Geh. Raths und Kanzlers) Tractat de autonomia d. i. von der Freistellung mehrerlei Religion und Glauben u. s. w. München 1586, 2te Ausg. 1602 wird u. A. gelehrt: „obwohl der Glaube anfänglich, und ehe ein Mensch denselben annimmt, ein freyes Ding ist, dazu weder Gott noch die Kirche jemanden zu zwingen pflegt, als man solches an Türken, Juden und Heiden sieht, die man zur Taufe nicht dringet; so müssen doch die Freisteller wissen, daß allhier von solcher Freiheit nicht, sondern von getauften und denen Christen geredet wird, welche, da sie sich einmal zum Glauben begeben und denselben angenommen, nicht mehr solchermaßen frei sind, daß sie glauben mögen, was sie wollen; sondern ihr Glaube muß nach der Ordnung ihrer Mutter, der christlichen Kirche (welche sie in das Reich Christi durch die Taufe gebohren) regulirt, und sie dem Glauben gehorchen d. i. der Kirche gehorsam seyn; ohne das werden sie wie Heiden und Publicanen gehalten, und müssen ihre geistliche und zeitliche Strafe von den Obrigkeiten erwarten." Diese Stelle hatte wohl Pütter, hist. Entwicklung Bd. 2. S. 17 vor Augen.

40) Falck, Schleswig Holstein. Privatrecht Bd. 4. S. 159.

41) Falck a. a. O. S. 157.

42) Erläuterung des Tübinger Vertrages von 1607 und Eberhards

einem andern Glauben übertrat, des Landes verwiesen und konnte von seinen Eltern enterbt werden [43]). Aehnlich in vielen deutschen, wie in andern protestantischen Ländern.

Wiewohl die Religionsverfassung in den einzelnen Staaten und Territorien in verschiedener Weise unter Einwirkung gar mannigfaltiger Umstände sich entwickelte, so läßt sich doch im Allgemeinen sagen, daß gegen das 18te Jahrhundert hin man zunächst in protestantischen Ländern, was auch nicht ohne Einfluß auf einzelne katholische Länder blieb, eine größere Toleranz zu üben anfieng, indem andere Confessionsverwandte theils in Ländern, wo sie bisher gar nicht geduldet wurden, zugelassen, theils auch die Beschränkung derselben gemildert wurde [44]). Wenn dieses nun gleich dem Wiedererwachen des protestantischen Prinzipes, welches durch eine starre herzlose Orthodoxie ganz zurückgedrängt worden war, der Macht der Wissenschaft zuzuschreiben ist, so haben doch politische Umstände mancher Art mit dazu beigetragen, die Toleranz zu befördern und das bisherige System

Testament von 1664. Reyscher, württ. Staatsgrundgesetze Bd. 2. S. 283. 402.

43) Vergl. Wächter, württemb. Privatrecht Bd. 1. S. 391. und Reyscher, württemb. Privatrecht Bd. 1. §. 172. 2te Aufl.

44) In England wurden die harten Verordnungen gegen die Dissenters durch ein Toleranzedict v. 1688 aufgehoben; die strengen Verordnungen gegen die Katholiken wurden erst seit 1788 gemildert. S. über die Fortschritte zur Duldung und Religionsfreiheit in England: Gladstone, der Staat in seinem Verhältniß zur Kirche (Halle 1843) S. 464 ff. In Dänemark wurde den Katholiken und Reformirten seit 1685 an verschiedenen Orten Religionsübung gestattet und seit 1684 werden auch an verschiedenen Orten Juden aufgenommen. In Schweden wurde, fast 100 Jahre später, den Bekennern anderer Religionen, als der evangelisch-lutherischen, Religionsübung gestattet. Vgl. Martens Abriß des Staatsrechts der vornehmsten europ. Staaten (1792) S. 23. 83. 147. In Holstein wurde schon in den ersten Decennien des 17. Jahrh. fremden Religionsverwandten: Reformirten, Katholiken, Menoniten, an einigen Orten Aufenthalt und Religionsübung gewährt. Siehe Falck a. a. O. S. 160. In Württemberg begann die Toleranz erst im Anfang des 18. Jahrh. S. Wächter a. a. O. S. 393. Eine fürstliche Resolution von 1730 bezeichnet die Unduldsamkeit gegen Reformirte durch „einfältige alte principia“.

des Glaubenszwanges zu mildern. Dahin gehören die erwachenden national-öconomischen Bestrebungen und der dadurch erweckte Wunsch, fleißige und gewerbsame Einwohner ins Land zu ziehen; insbesondere aber der Erwerb von Ländereien, in denen ein anderes Glaubensbekenntniß herrschend war. Es kam dieses auch denen zu Gute, welche nicht einer der im Reiche geduldeten Glaubensparteien angehörten, indem eigentliche Verfolgungen solcher s. g. Sectirer, welche, des reichsgesetzlichen Verbotes ungeachtet, niemals ganz unterdrückt worden waren, gänzlich aufgehört hatten und ihnen nun offener in manchen Ländern Aufnahme gewährt und Religionsübung gestattet wurde, so daß sich allmählig ein Reichsherkommen bildete, wornach die Duldung solcher Secten nicht mehr als verboten erachtet wurde [45]). Auch die Behandlung der Juden, deren Geschick durch die Reformation nicht eben verbessert worden war, wurde milder [46]). Der erwachende Geist der Zeit sprach sich besonders in dem Toleranz-Edict Joseph's II. vom 22. Juni 1781 aus. Jeder sollte nach demselben seine religiösen Ueberzeugungen öffentlich und frei bekennen dürfen, und wie dieß Bekenntniß auch sei, sollten deshalb seine bürgerlichen Rechte keinen Abbruch leiden. Wo eine gewisse Zahl von Glaubensgenossen, die von der herrschenden Kirche abwichen, an einem Ort versammelt wären, sollte ihnen Privatgottesdienst, dessen Kosten sie selbst aufbringen müßten, ohne alle Hinderung gestattet sein. Es war dieses Edict aber nur ein Wetterleuchten der Zukunft, welche aber für Oestreich, ja selbst für Deutschland, noch nicht angebrochen ist. Es zeigte sich hier besonders, mit welchen Hindernissen der Geist der

---

45) Es geht dieß besonders daraus hervor, daß die Kammergerichts-Visitation am 13. Oct. 1768 den Beschluß faßte: „Es wäre an kais. Majestät und das Reich ein Visitations-Gutachten dahin zu erstatten, daß wann bei dem Reichskammergericht Menoniten Recht nehmen oder suchen, derenselben Angelobung bei Mannenwahrheit als ein Eid anzunehmen sei. Nach (von Balemann's) Visitations-Schlüsse S. 86 und 468 mitgetheilt in Häberlin's Staatsrecht Bd. 1. S. 171.

46) Luther selbst hatte noch verlangt, daß die Juden aus dem Lande gejagt werden sollten. „Es were nicht wunder, daß uns Christen, So solche Gottes verfluchte offenbarliche Lesterer bei uns leiden, lengest Gottes zorn, mit hellischem Feuer, in Abgrund der Hellen mit den Jüden versenkt hette". (Th. 8 Werke. Jen. Ausg. fol. 118).

Duldung zu kämpfen hatte, und wie der Sinn für wahre Gewissens-freiheit sich erst allmählig Bahn brechen mußte.

Die den Protestanten durch das Edict gewährte Freiheit wurde durch beschränkende Verfügungen, zu welchen man den Kaiser zu drängen wußte, fast ganz wieder vernichtet [47]). Als aber, durch die Verheißung allgemeiner Glaubensfreiheit verleitet, sich nun in Böhmen Hussiten kund gaben, ja selbst Deisten oder Abrahamiten aus der Verborgenheit hervortraten, da hatte es mit der Freiheit ein Ende. Die Ersten sollten sich einer der beiden protestantischen Kirchen anschließen, was sie zu thun weigerten; wider die Anderen „gegen welche sich die Bekenner aller positiven Religionen vereinigten, und einstimmig darin waren, daß die, welche Allem, was heilig gehalten werde (!), entsagten, von einer christlichen Regierung nicht geduldet werden könnten" — wurden die härtesten Maßregeln ergriffen [48]). Diejenigen von ihnen, welche sich innerhalb eines Termins von wenigen Tagen zum katholischen oder einem andern geduldeten Glauben nicht bekennen wollten, wurden ihres Vermögens, ihrer Kinder beraubt, an die äußerste türkische Gränze militärisch abgeführt, die Männer, welche dazu tauglich waren, zum Kriegsdienst gezwungen; die Alten, Weiber und Schwachen wurden kärglich genährt, bis sie ein Unterkommen in harter Dienstbarkeit fanden [49]). In einer Verordnung, welche in Betreff dieser Deisten erlassen wurde, hieß es u. A. „Wer sich bei der Obrigkeit als Deist anmeldet, es sei Mann oder Weib, soll ohne Weiteres, ohne gehört und zu einigem Unterricht verstattet zu werden, 24 Prügel oder Karbatschenstreiche auf den Hintern erhalten, und diese Strafe soll so oft wiederho-

47) S. Dohm's Denkwürdigkeiten. Bd. 2. S. 275.

48) Dohm a. a. O. S. 277 f. — Auch der große Churfürst, welcher in seinen Ländern den Socinianern eine Zuflucht zu sichern gesucht hatte, war durch Geistlichkeit und Stände daran verhindert worden. Doch ist ihnen nichts Böses widerfahren. Stenzel, Geschichte von Preußen. Bd. 2. S. 238.

49) Das Weitere bei Dohm a. a. O. S. 279. — In Siebenbürgen gehört der Socinianismus zu den vier gesetzlich recipirten Religionen. Man zählte dort im Jahr 1834 40,400 Unitarier. Zu dem Kirchenverbande gehören auch die auf der Militärgränze wohnenden, deren 5000 sein sollen. S. Schuberts Handbuch der Staatenkunde Abth. 2. Thl. 1. S. 144. 381.

werden, als er sich wieder als Deist anmeldet, nicht weil er ein Deist ist, sondern weil er sagt, das zu sein, was er nicht weiß, was es ist". Dohm bemerkt, daß Joseph II. diese gegen unschuldige Unterthanen verübten Grausamkeiten sicher nicht wollte, ja wahrscheinlich von der Ausführung in ihrem ganzen Umfang nicht einmal unterrichtet gewesen ist. Sehr wahrscheinlich seien ihm falsche Berichte über die Gesinnungen der böhmischen Deisten zugekommen, welche gerade in eben den Districten von Böhmen gefunden wurden, in denen noch vor einigen Jahren aufrührerische Bauern sich gezeigt hatten. Dieser Umstand sei benutzt worden, um sie verdächtig zu machen, obgleich die Deisten bürgerlichen Gehorsam nicht geweigert hatten.

Die großen politischen Veränderungen, welche in Deutschland mit dem gegenwärtigen Jahrhundert eintraten, trugen indeß dazu bei, die große Ungleichheit, welche noch immer in den einzelnen deutschen Ländern zwischen Katholiken, Lutheranern und Reformirten bestanden, mehr auszugleichen; und dieses blieb auch nicht ohne Einfluß auf die Behandlung anderer Religionsparteien. Durch den Reichsdeputations-Hauptschluß von 1803 (§. 63) wurde den Landesherren das Recht ertheilt, in den (Entschädigungs-) Ländern, in welchen bisher nur Einer Confession Religionsübung gestattet, und diese Exclusivität durch Gesetz und Landesverträge gesichert war, „auch andere Religionsparteien zu dulden" (d. h. Aufnahme zu gewähren), und ihnen den vollen Genuß der bürgerlichen (d. i. hier: Privat- und politischen[50]) Rechte zu ertheilen." Da der §. 63 ganz allgemein „von Religionsverwandten" spricht, so konnte man allerdings daraus folgern, daß den Landesherren dadurch das Recht auch der Aufnahme von Secten reichsgesetzlich zugestanden, und somit das Verbot des westphälischen Friedens aufgehoben worden sei[51]).

---

50) S. Zacharia, deutsches Staatsrecht Bd. 1. S. 230.

51) So berichtet Moy, Bairisches Staatsrecht Bd. 1. S. 90, daß durch ein Edict v. 10. Jan. 1803 in den Ländern in Schwaben und Franken, welche durch den Lüneviller Frieden an Baiern gekommen waren, allen christlichen Religionsverwandten, die sich dort niederlassen würden, der volle Genuß der bürgerlichen Rechte zugesichert wurde, womit für die Anhänger der drei im Reiche herrschenden Confessionen die Zulassung zu allen öffentlichen Aemtern verbunden war.

Aber der Zweck der angeführten Bestimmung war ohne Zweifel nicht, die Landesherren von jener reichsgesetzlichen, ohnehin schon längst nicht mehr beachteten, Vorschrift zu entbinden, sondern von der durch die Landesverfassungen gesetzten Beschränkung des s. g. Reformationsrechtes zu befreien. Die Gleichstellung der drei Confessionen in den einzelnen deutschen Staaten machte in Rheinbundszeiten noch weitere Fortschritte, und der Grundsatz, daß das Glaubensbekenntniß keine Verschiedenheit in dem staatsbürgerlichen Rechte begründen solle, wurde näher gebracht [52]). Man sah selbst Juden in deutschen Ländern im Besitz des Staatsbürgerthums. Der 16. Artikel der deutschen Bundesacte, welcher „den (drei) christlichen Religionsparteien den gleichen Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte sichert", hat mithin nur bestätigt, was in vielen Staaten schon bestand, hat aber dieses nun auch auf alle Staaten ausgedehnt. Auffallend ist es, daß in demselben der Religionsübung gar nicht erwähnt ist; wir werden später darauf zurückkommen. „Daß man es bedenkich fand, jene Bestimmung auch auf die christlichen Secten auszudehnen," ist bekannt; wir wissen aber nicht, welche Gründe diese Bedenken veranlaßt haben, wahrscheinlicherweise beruhten sie darauf, daß manche Secten sich der Erfüllung von Bürgerpflichten entziehen. Die Beziehung, welche auf diese Erfüllung in dem von den Juden handelnden Passus genommen wird, macht es nicht unwahrscheinlich. Den Landesregierungen blieb es daher überlassen, ob und welche

52) Die Fürsten, welche dem Rheinbund beitraten, mußten in den Accessionsurkunden sich verpflichten, den Katholiken freie Religionsübung und gleiche bürgerliche und politische Rechte einzuräumen. („— L' exercice du culte catholique sera — pleinement assimilé à l'exercice du culte luthérien, et les sujets de deux religions jouiront sans restriction des mèmes droits civils et politiques.") S. Klüber's öffentliches Recht §. 525 not. c. Wenn gleich diese Stipulationen von Napoleon nur zum Besten der katholischen Kirche bewirkt worden waren, so sieht man doch aus der Fassung der Artikel, daß dabei der Gedanke zu Grunde lag, eine Verschiedenheit der Rechte der Religionsparteien sei unzulässig. In mehreren Staaten erfolgte nur die Gleichstellung der drei Religionsparteien, z. B. in Wirtemberg durch Religionsedict v. 15. Oct. 1806.; in Baiern durch Edict v. 24. März 1809. (S. Moy a. a. O.)

Rechte sie allen andern christlichen Religionsparteien, außer den dreien, zugestehen wollten. Den Juden wurden nur die, ihnen von den Bundesstaaten bereits eingeräumten Rechte garantirt. Man weiß, was das heißen sollte, und was darauf erfolgt ist[53]). Die gesetzlichen Bestimmungen über Gewissens- und Religionsfreiheit in den neueren Gesetzen, besonders den Verfassungsurkunden einzelner Staaten, werden uns weiterhin beschäftigen.

§. 7.

Die Gewissensfreiheit oder vielmehr was nach Maaßgabe von Zeit und Ort mit diesem Namen in Deutschland bezeichnet worden, ist nicht aus einer Anerkennung und Durchführung des Grundsatzes entstanden: humani juris ac naturalis potestatis est unicuique, quod putaverit, colere; oder wie Luther denselben Grundsatz ausdrückt: „daß es Jedem auf sein Gewissen liegt, wie er glaubt oder nicht glaubt, und damit der weltlichen Macht kein Abbruch geschieht." Unsere deutschrechtliche Gewissensfreiheit ist vielmehr auf dem Boden der überkommenen Religionsherrschaft erwachsen, und besteht in der Beschränkung des von Kirche und Staat geübten Religionszwanges, zunächst durch den westphälischen Frieden, durch eine milder gewordene Praxis und Gesetzgebung in den einzelnen Staaten. Daraus erklärt sich dann auch die Annahme einer engern und weitern Gewissensfreiheit bei unsern ältern Juristen und die Unterscheidung von Gewissensfreiheit und Religionsfreiheit, welche man als zwei ihrem Wesen nach verschiedene Rechte betrachtete, um so die positiven Bestimmungen, welche unter dem ersten Namen nur ein beschränktes Maas von Freiheit einräumen, gewissermaaßen zu rechtfertigen.

Daß Niemand mit Gewalt zu einem Glauben d. h. Ablegung eines Bekenntnisses und zur Beobachtung gewisser religiöser Gebräuche und Handlungen gezwungen, daher auch gewaltsam in einer Kirche zurückgehalten werden kann, oder wegen seiner religiösen Ueberzeugung und der Kundgebung derselben verfolgt, wie ein Verbrecher bestraft werden kann, ist das erste Ablassen von der rohesten, directesten, aber zugleich auch offen und ehrlichsten Art des Religionszwanges. Die Berechtigung, eine der im Reiche aufgenomme-

53) S. Klübers Uebersicht der Verhandlungen des Wiener Congresses S. 382 ff.

nen Religionen zu bekennen, und von einer zur andern überzugehen, ohne deßhalb als Ketzer bestraft oder sonst gewaltsam behandelt zu werden, ist das, was man früher zuerst und vorzugsweise als Gewissensfreiheit bezeichnet hat [54]). — Daher wurde es schon als eine Art Beneficium betrachtet, wenn es denen, welche sich nicht zur Landeskirche bequemen wollten, freigestellt blieb, mit ihrer Habe auszuwandern, wie es der westphälische Frieden bestimmt hatte. Von mehreren katholischen Reichsständen und namentlich von Oestreich wurde aber dieses flebile beneficium so wenig beachtet, daß die Evangelischen sich dem härtesten Drucke preisgegeben sahen, namentlich ihnen, wenn sie nicht von ihrem Glauben lassen und auswandern wollten, ihre Kinder und ihre Haabe vorenthalten wurden [55]), ja daß man nachmals sogar anfing, dieselben in entlegene Gegenden, namentlich nach Siebenbürgen, zu transportiren [56]), indem man hier die Intoleranz zugleich für den Staat auszubeuten suchte. Aehnlich wie unter Maria Theresia noch gegen die Augsburgischen Confessionsverwandten [57]) wurde, wie zuvor bemerkt, unter Joseph II. gegen die Socinianer verfahren.

---

54) S. J. J. Moser, von der Landeshoheit in geistlichen Sachen (1773). S. 413.

55) Nicht uninteressant wegen der dadurch erweckten Erinnerung an neuere Zeitereignisse ist, daß der Churfürst von Brandenburg unter'm 18. März 1688 eine Vorstellung an den Kaiser wegen der aus der Grafschaft Tyrol vertriebenen evangelischen Glaubensgenossen gerichtet hat, worin es heißt, „daß Kais. Majestät allergnädigst geruhen möchten, das im Instr. pacis in dergleichen Fällen verordnete und festgestellte beneficium emigrationis, — welches ohnedem so viel Kummer und Trübsal in sich enthält, — diesen elenden Leuten doch dahin zu statten kommen zu lassen, daß, da sie vor ihrer Personen in gedachter Grafschaft nicht mehr geduldet werden wollen, ihnen doch wenigstens ihre arme unschuldige Kinder, so ihnen bisher vorenthalten werden, abgefolgt und danebenst über ihre geringe Habseligkeit die Disposition verstattet werden möge." S. Pfeffinger, Vitriarius illustr. T. IV. p. 34.

56) Es sah sich deßhalb das Corpus evangelicorum insbesondere in den Jahren 1733 und 1734 zu den bittersten Beschwerden veranlaßt S. J. J. Moser von der Landeshoheit in Religionssachen S. 843. ff.

57) S. darüber auch Heinrich's deutsche Reichsgeschichte Bd. 8 S. 274 ff.

Aber nicht bloß eine solche Vertreibung oder gar unfreiwillige Uebersiedlung, sondern jede Entziehung von Rechten, jede Verhängung von Rechtsnachtheilen um des Glaubens willen, muß als Religionszwang, als Beeinträchtigung der Gewissensfreiheit angesehen werden. Entziehung bürgerlicher Rechte gehörte im byzantinischen Reich insbesondere zu den gegen Ketzer, Unglaubige, namentlich auch Juden, verhängten Strafen [58]). Beschränkung in der Wahl des Aufenthaltes, des Berufes, der Fähigkeit, Grundeigenthum zu erwerben, u. s. w. pflegten besonders häufig in unseren deutschen Gesetzgebungen zu sein. Aehnliche Bewandtniß hat es aber auch mit der Beschränkung der politischen oder staatsbürgerlichen Rechte im engern Sinn. Es liegt darin freilich eine geringere Härte als in der Schmälerung der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit; deßhalb und wohl gestützt auf Art. V. §. 35 des Osnabrückischen Friedens, welcher verordnet, daß diese mindestens den Bekennern der einen oder andern der im Reiche recipirten Confessionen, wo dieselben geduldet würden, nicht entzogen werden dürfe, hat man dann wohl behauptet, daß die Gewährung der bürgerlichen, nicht aber der politischen Rechte zur Gewissensfreiheit gehöre. Die Härte, welche in der Entziehung der staatsbürgerlichen Rechte liegt, wächst aber in dem Maaße, als politischer Sinn in einem Volke rege wird, und die Theilnahme an Ausübung der öffentlichen Gewalt eine höhere Bedeutung und größern Werth erhält; insbesondere ist dieß aber der Fall, wenn mit der Ausübung staatsbürgerlicher und somit auch der Gemeinderechte noch anderweitige Vortheile verbunden sind; oder die Ausschließung von derselben Grund oder Vorwand zur Beschränkung der privatbürgerlichen Rechte ist, und somit der ungeschmälerte Genuß der letzteren nur illusorisch wird. Mit Recht bemerkt Stahl [59]): „das Private und Oeffentliche durchdringen sich so, daß nach einer rücksichtslosen Consequenz aus dem Zugeständniß voller Privatberechtigung zuletzt auch Theilnahme am Oeffentlichen, und umgekehrt aus der Verweigerung des Oeffentlichen zuletzt gänzliche Austreibung folgt." — Die deutschen Reichsstände, welche zur Zeit der Religions-

58) S. Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts Bd. 1. S. 472 ff.

59) Philosophie des Rechts. 2. Bd. 1. Abth. S. 286. Erste Auflage, welche hier immer angeführt wird, weil sich in der zweiten ein Abschnitt über Staatsreligion nicht findet.

kämpfe da, wo es darauf ankam, die Rechte ihrer Partei der andern gegenüber geltend zu machen, nicht verkannten, was zur vollen Gewissensfreiheit gehöre, widersetzten sich aller und jeder Beschränkung, welche die Rechtsgleichheit beeinträchtigte, weil dieses als eine Zurücksetzung um des Glaubens willen, und somit auch als eine Verachtung von diesen selbst angesehen werden müßte. In dem Religionsfrieden von 1555 (§. 15) mußte der Kaiser versprechen, daß er keinen Stand des Reiches wegen der Augsburgischen Confession und derselbigen Lehre, Religions- und Glaubens halber mit gewaltiger Weiß überziehen, oder in andern Wege wider sein Conscienz, Gewissen und Willen von der Augsburgischen Confessions-Religion dringen, oder durch Mandat oder in einiger andern Gestalt beschweren und verachten wolle." Aehnliches findet sich vielfach in den damaligen Reichstagshandlungen, und namentlich heißt es in der Klage der protestantischen Stände bei dem westphälischen Friedenscongreß: „Seynd die armen evangelischen Unterthanen auch an Orten, da sie das Exercitium theuer erworben, auf das allerunbarmherzigste gedrückt und verfolgt worden, indem man ihnen nicht allein das publicum exercitium genommen, sondern auch sich dessen in der Nachbarschaft zu gebrauchen aufs schärfste verboten" — — — „zu geschweige der Verachtung, daß männiglich sie scheuet, ja wohl gar wenn sie als Zeugen angegeben werden, als infames zu rejiciren, sich unterwindet. Zu keinem Ehrenamt werden sie zugelassen" u. s. w. Auch beklagten sich die Stände bei den Beschwerden über das s. g. reservatum ecclesiasticum, „daß man ihnen selbst und ihren Glaubensgenossen den Zugang zu geistlichen Würden und Nutzungen versperren, und mit unauslöschlichem Schimpf und Gewissensverletzung ihre Religion selbst für eine verworfene Lehr et causam et modum amittendi dominia et dignitates machen wolle"[60]). Wird aber nicht Jeder, der von der Wahrheit seiner religiösen Ansicht durchdrungen ist, unter ähnlichen Verhältnissen so reden müssen, wenn seine Worte auch machtlos verhallen? Wir möchten aber allen Denen, welche den Genuß politischer Rechte an ein oder das ander Bekenntniß knüpfen wollen, diese letzte Aeußerung der Reichsstände zur besondern Beherzigung empfehlen; wir möchten fragen, ob e

60) **Lundorp**, Acta publ. T. V, p. 1046.

wohl etwas anders als Religionszwang sei, wenn mit dem Austritt aus der im Staate öffentlich aufgenommen Kirche Verlust der Ehrenstellen, der Aemter, und somit wohl auch für Viele ihrer Subsistenz verbunden ist?

„Die Glieder der verschiedensten Kirchen", sagt ein neuerer beachtenswerther Autor [61]), „müssen als Bürger Eines Staates auf Eine Linie der Rechte und Verpflichtungen gestellt werden, theils der Gerechtigkeit wegen, welche der Staat allen seinen Gliedern schuldig ist, theils, und fast mehr noch, um die Religion nicht mit ihr fremden Interessen zu vermischen und zu verunreinigen, und sie ihren sonst unvermeidlichen Mißbrauch als Vehikel irdischer Vortheile, als Flug- und Schwimmhut zu Ehrenstellen zu schützen." Ueberall, wo das Bekenntniß eines bestimmten Glaubens mit Rechtsnachtheilen verbunden ist, wird es nicht an Religionswechseln fehlen, um diesen zu entgehen, und anderseits wird der einmal rege gewordene Verdacht, dem Uebertritt zu der begünstigten Kirche solche äußerliche Beweggründe zu unterstellen, nur allzu bereit sein.

§. 8.

Nicht häufig wird wohl ein directer Gewissenszwang, Verbot eines Religionswechsels, oder Nöthigung zur Auswanderung beim Uebertritt zu einer andern Glaubenspartei [62]) bei uns offene Ver-

---

61) Ueber Gewissensfreiheit. Briefe eines Idioten an einen alten Waffenbruder. Dresden, 1846. S. 27.

62) Die Ausweisung der Zillerthaler sucht indeß Roshirt (Geschichte und System des deutschen Strafrechts Bd. 3. S. 157) dadurch zu rechtfertigen, daß Oestreich das Entscheidungsjahr für seine Erbstaaten niemals anerkannt habe, und das jus reformandi desselben mithin unbeschränkt sei; er beklagt sich dabei, daß „in unserer Zeit, die alles Historische nebenansetzt, sich Niemand dieses Umstandes habe erinnern wollen!" Als der westphälische Frieden sehr frisch in Aller Erinnerung lebte, als er die unzweifelhafte Norm des Rechts war, da wiederholten sich Jahrhunderte lang die bittersten Klagen der evangelischen Reichsstände, daß man das historisch-vertragsmäßige Recht thatsächlich nebenansetze, den Evangelischen die Auswanderungsfreiheit, die ihnen in allen deutschen Ländern als flebile beneficium zugesichert war, nicht einmal gewähre, und noch im J. 1754 beschwerte sich das Corp. Evang.,

theidiger finden. Auch die Beschränkung der bürgerlichen Rechte um des Glaubens willen wird wohl nicht häufiger gebilligt und gerechtfertigt werden. Anders verhält es sich aber mit der Entziehung der politischen Rechte. Da diese Entziehung aber ihr ursprünglich historisches Fundament verloren hat, indem sie der Zeit entstammt, als Jeder, der nicht zur alleinseligmachenden Kirche gehörte, aller Gemeinschaft mit Christen unwürdig erachtet wurde, so hat man der Kirche, welche neben dem Himmel auch die Erde ausschließlich in Anspruch nahm, den christlichen Staat unterstellt. Unter den Schriftstellern, welche hierher gehören, wollen wir uns zunächst an Stahl[63]) halten, der sicher einer der beachtenswerthesten, unserem Studienkreise zugleich am nächsten liegt. Wir müssen uns jedoch auf einige mehr aphoristische Erinnerungen und Bemerkungen beschränken, da eine ausführliche Erörterung der hier in Betracht kommenden Fragen uns über die gesetzten Grenzen weit hinausführen würde. In England sind ähnliche Ansichten insbesondere von Gladstone ausführlich vertheidigt worden[64]). So wie aber unser edler Neander schon früher gesagt hat: „das Christenthum hätte nie Staatsreligion werden sollen," und der Gewissensfreiheit insbesondere im zweiten Band seiner Kirchengeschichte wiederholt und eindringlich das Wort geredet hat, so ist dieses in neuerer Zeit auch noch vielfach von Männern geschehen, welche dabei weit mehr von einem religiösen, kirchlich-christlichen, als von einem politischen und staatlichen Interesse geleitet wurden, welchen die Allen zu gewährende vollkommene Gewissens- oder Religionsfreiheit nicht nur als eine Forderung des Christenthums, sondern zugleich als Vorbedingung erschien zur Wiedererweckung und Stär-

daß die Zurückgebliebenen auf die heftigste, in neuerer Zeit der Christenheit unerhörte Weise mißhandelt würden. Jetzt, da in einer abermals neuen Zeit der Christenheit es als Grundsatz gilt, daß Niemand um seines Glaubens wegen aus dem Lande vertrieben werden soll, wo die Ausübung eines solchen Rechtes, dem 16. Art. der B.-A. gegenüber, als Hohn erscheinen muß, und mindestens zur sittlichen Unmöglichkeit geworden sein sollte — jetzt wird man historisch!

63) Stahl's Rechtsphilosophie Bd. 2. Th. 2. S. 275 (Erste Ausg.).

64) W. E. Gladstone, der Staat in seinem Verhältniß zur Kirche. Halle, 1843.

tung des christlichen Glaubens, zur Hebung des kirchlichen Lebens. Wir haben hier besonders Vinet[65]), Rudelbach[66]) und den Verfasser der Briefe eines Idioten vor Augen[67]). Diesen Streitern für Religionsfreiheit gegenüber, zerfällt aber die Behauptung: es habe die Forderung und Vertheidigung der Gewissensfreiheit insbesondere auch in der Ueberzeugung ihren Grund, daß es in religiösen Dingen gar keine objective Erkenntniß, ja keine objective Wahrheit gebe, und deßhalb (?) kein Mensch, keine Mehrheit von Menschen, kein Volk berechtigt sei, seinen Glauben als herrschenden gegen Andersdenkende geltend zu machen. Wir meinen natürlich nur den ersten Theil, den Vordersatz jener Behauptung, denn allerdings sind auch jene Männer weit entfernt, aus der Wahrheit des Glaubens ein Recht abzuleiten, ihn als herrschenden geltend zu machen, und die Disqualificationen für ein geeignetes oder wohl gar unerläßliches Mittel zur Befestigung und Verbreitung der wahren Religion zu halten[68]).

Wenn Stahl den Satz aufstellt, es sei Anforderung an den wahren, vollkommenen Staat, wie an den einzelnen Menschen, daß er eine und zwar die wahre wirkliche christliche Religion bekenne, nach ihr handle, so könnten wir mit ihm übereinstimmen, wenn dieses von einer Anforderung, die sich von selbst durch die fortschreitende Staatsentwicklung verwirklichen soll, zu verstehen wäre; denn wir sind ganz mit ihm einverstanden, wenn er gleich hinzu-

65) Besonders in seinem Mémoire en faveur de la liberté des cultes. Paris 1826. und seinem Essai sur la manifestation des convictions religieuses et sur la séparation de l'église de l'etat.

66) S. oben Note 5.

67) S. oben Note 61. Diese, vieles Treffliche enthaltenden Briefe scheinen fast weniger, als sie es verdienen, bekannt geworden zu sein.

68) S. die Aeußerung am Ende des vorigen §. — Rudelbach sagt in der 35. These: die Abgränzung der Sphären des Staats und der Kirche läßt sich, gehörig vollzogen, nicht anders denken, als so, daß allen Gliedern der Kirche und jedweder Religionsgesellschaft, deren Principien das bürgerliche Wohl nicht antasten (mithin auch den Juden) der ungeschmälerte Genuß ihrer Bürgerrechte, so daß ihnen aus dem religiösen Dissens irgend ein bürgerlicher Nachtheil nicht erwachse — erhalten werde.

setzt: „daß der Staat ein christlicher sein wird, so wie das Volk das den Staat bildet — und man könnte noch hinzufügen: und in dem Maße, als dasselbe — ein christliches ist, denn es muß dann die Gestaltung des Staates, da sie überall aus dem Bewußtsein des Volkes hervorgeht, eine Aeußerung des christlichen Bewußtseins sein." Sicher theilt auch unser Autor die Hoffnung und Erwartung, daß das christliche Bewußtsein immer mehr sich läutere, immer lebendiger erwachen wird, und wir damit auch der Einheit im Glauben, wie sie im vollkommnen Staat bestehen muß, oder vielmehr, wie sie bestehen muß, damit der Staat ein vollkommener sein kann, entgegen gehen werden. Wir haben es hier aber mit einer, sich ganz auf den gegenwärtigen Staat beziehenden Frage zu thun: auf den unvollkommenen Staat mit seinen religiösen Differenzen und Parteiungen; denn nur wo dergleichen vorhanden sind, wird die Gewissensfreiheit als ein besonderes Recht in Anspruch genommen und behauptet werden.

Wenn der genannte Verfasser aber sagt, daß der Staat eine Religion, und zwar die christliche, bekennen und nach ihr handeln müsse, so ist der Staat hier nicht sowohl das Volk, welches in jedem Moment aus einem Inbegriff von Individuen besteht, sondern „die Anstalt, welche über die Menschen zu ihrer Lenkung und Beherrschung gesetzt ist"; die Universitas, in welcher die Individuen, als solche, gar nicht in Betracht kommen. Es ist nicht sowohl das Bewußtsein des Volkes, welches die Religion des Staates bestimmt, es ist der Staat, welcher möglichst das Bewußtsein, den Glauben des Volkes bestimmen, und als Staat den rechten Glauben festhalten soll. Es gibt aber nichts so rein Persönliches als den Glauben; wie ein Unpersönliches, eine fingirte, juristische Person, welche wohl als Subject von Rechtsverhältnissen betrachtet werden kann, aber nicht ihr Gemüth zu Gott zu erheben vermag, einen Glauben, eine Religion haben kann, ist nicht wohl einzusehen [69]). Der Staat nimmt hier, seinen Angehörigen gegenüber, eine ähnliche Stellung ein, wie die katholische Kirche den ihrigen. Denn, wenn der Staat zwar auch nicht vorschreibt, was geglaubt werden muß, wenn er auch nicht unmittelbar über die einzelnen Glau-

---

69) Eine Staatsreligion (religion de l'état), sagt Klüber (öffentl. Recht §. 525 Not. b.), ist weder rechtlich noch theologisch denkbar.

benssätze entscheidet, so bestimmt er doch, was geglaubt werden soll, und macht davon den Genuß staatlicher Rechte abhängig, ja er bestimmt das Maß der Aeußerung jedes andern Glaubens. „Der Staat bestimmt", heißt aber: der oder die Träger der Staatsgewalt, deren Wille als Staats- oder Gesammtwille entscheiden und befolgt werden muß, bestimmen [70]). Glaube und Gewissen eines Regenten werden etwas wesentlich Anderes, als Glaube und Gewissen jedes andern Menschen. Es dürfte überflüssig sein, dieses weiter auszuführen und zu verfolgen [71]).

Wenn Stahl nun aber lehrt, daß es die Pflicht Derer, in deren Hände die irdische Gewalt gelegt ist, sei, den einen allein wahren christlichen Glauben als Staatsreligion aufrecht zu erhalten, so begegnet ihm die, besonders in Beziehung auf unsere deutschen Verhältnisse nicht zu umgehende Schwierigkeit, daß das Christenthum in verschiedene Confessionen zerfallen ist, und der Staat, an welchen, wie an den einzelnen Menschen, die Anforderung ergeht, den einen wahren christlichen Glauben zu bekennen, doch nur der Kirche, die diesen enthält, die Herrschaft gewähren dürfte und sollte. Er sagt daher [72]): „die Frage, ob nicht bloß eine Staatsreligion (das Christenthum) bestehen solle, sondern auch eine Staatskirche, oder ob vielmehr Katholicismus und Protestantismus gleiche Geltung im Staate haben sollen, hängt zunächst davon ab, ob man [73]) in einem dieser Bekenntnisse die ausschließliche und volle Wahrheit findet, so daß das andere ein ganz entbehrliches oder

---

70) In einer scharfen und entschiedenen Weise wurde dieß ausgesprochen in einem, bei den westphälischen Friedensverhandlungen (1647) übergebenen Schwarzburgischen Memoriale (Meiern, westphäl. Friedenshandlungen, Th. 5 S. 346): „Und ist unwidersprechlich, daß einem jeden Stande frei und bevorstehe, seine von Gott ihm anvertrauten Unterthanen, ohne einiges Ansehen auf eben dem Wege, in welchem er vor seine selbsteigene Person die Seligkeit zu erlangen getrauet, zu leiten und zu führen, zumal sich nichts mehr geziemet, als daß der Unterthan seiner Obrigkeit und seinem Herrn folge, und seine Religion amplectire."

71) S. auch noch die Briefe eines Idioten S. 21 ff.

72) Stahl a. a. O. S. 283.

73) Welcher: man? die eine oder andere der beiden Kirchen selbst? der Landesherr? oder wer sonst?

verwerfliches ist, oder ob man, wenn man sich auch zu einem entschieden bekennt, dennoch beiden eigenthümliche Weisen und Verwirklichungen des Christenthums zuschreibt; diese Frage kann aber erst bei der Lehre von der Kirche Gegenstand der Untersuchung werden. Hier kann wenigstens das behauptet werden, daß, wenn ein christliches Volk seinen großen Massen nach in diese beiden Bekenntnisse sich sondert, auch der Staat das Christenthum in Gestalt der beiden Bekenntnisse zur öffentlichen Religion zu machen hat. Es darf aber in keinem Falle von diesen beiden großen weltgeschichtlichen Strömungen des christlichen Glaubens ein Schluß auf nichtchristliche Religionen oder auf Secten gemacht werden." — Ob der katholischen Kirche der Protestantismus anders als ganz entbehrlich und verwerflich erscheint, darüber, dächte mir, dürfte doch wohl nach hunderten von Aeußerungen und Thatsachen auch in unsern Tagen kein Zweifel herrschen können [74]), und schwerlich möchten darin die Untersuchungen des Verfassers über die Lehre von der Kirche oder irgend Anderes Aenderung schaffen. Demgemäß wären aber die katholischen Staatsgewalten, wenigstens da, wo nicht eine große Masse des Volks sich zum Protestantismus bekennt, und so weit sie nicht durch Verträge u. dgl. gebunden sind, in ihrem Rechte, ja in ihrer Pflicht, wenn sie den Protestantismus nur als ein Sectenthum behandeln, ihm höchstens nur die Rechte eines geduldeten Glaubensbekenntnisses einräumen würden. — Dagegen dürfte auch der Protestantismus, so sehr dieser auch die historische Bedeutsamkeit, die großartige Wirksamkeit, die Consequenz der katholischen Kirche anzuerkennen vermag, sich wohl nicht damit bescheiden, nur als eine eigenthümliche Weise der Auffassung und Verwirklichung des Christenthums neben dem Katholicismus zu gelten.

Bei der Bestimmtheit, mit welcher auch den christlichen Secten d. h. allen Religionsparteien, außer den (römischen) Katholiken und den Protestanten (Lutheranern und Reformirten), das Recht auf Vollberechtigung im Staate abgesprochen wird, fällt der Mangel eines Grundes dafür auf; wenigstens bleibt man darüber in Zweifel, ob dieser darin zu suchen, daß die Lehren aller dieser vorhandenen und auch noch etwa entstehenden Secten, nicht als eigen

74) In Rom lehrte Pater Perone (Praelect. theol. p. 255) vor mehreren Jahren: Omnes communiones ab ecclesia separatas totidem esse synagogas satanae.

thümliche Weisen der Auffassung und Verwirklichung des Christenthums betrachtet werden können[75])? oder weil sie nicht zu den großen weltgeschichtlichen Strömungen des christlichen Glaubens gehören? nicht große Massen christlicher Völker jenen Bekenntnissen angehören? Lange Zeit war es im byzantinischen Reiche unentschieden, ob der Arianismus herrschende Kirche sein oder zum Sectenthum herabsinken würde, und man wird nicht läugnen, daß er einst eine weltgeschichtliche Strömung des Christenthums gewesen ist. Die griechische Kirche ist es noch, und doch kann kein Zweifel sein, daß auch sie mit unter den Religionen begriffen war, welche nach dem Westphälischen Frieden im deutschen Reiche nicht geduldet werden sollten[76]). In einigen Bundesstaaten gehört sie jetzt zu den öffentlich aufgenommenen. Das Christenthum ist erst ein Bächlein gewesen, und war zu einem Strome geworden, bevor es zur Staatsreligion erhoben, und dadurch die Spaltung in mehrere Parteien, in Kirchen und Secten, nun erst recht befestigt worden war. Auch haben sich erst mehrere Bäche und Flüsse, die man freilich schon abgeleitet und ausgetrocknet zu haben meinte, vereinigen müssen, ehe der Protestantismus in mehrere Arme getheilt, mit manchen Nebenflüssen sich als ein Weltstrom ergoß. Und wird derselbe katholischerseits wohl anders angesehen als ein Sectenwesen? Den Lutheranern waren früher die Calvinisten und Zwinglianer Sectirer. Jetzt werden die, sich von der Landeskirche trennenden Lutheraner in manchen Staaten als Secte behandelt. In England gehören alle Mitglieder einer fremden christlichen Kirche, ohne Rücksicht auf das Glaubensbekenntniß, zu den Dissenters; in Schottland gilt gleiches von den Hochkirchlichen. In Nordamerika, dem früheren Asyle der Secten, sind einige derselben so zahlreich, daß ihr Bekenntniß die dortige Staatsreligion werden müßte, wenn man daselbst etwas der Art kennen wollte.

---

75) Sollte es nicht auch als eine eigenthümliche Auffassung und Verwirklichung des Christenthums betrachtet werden können, wenn eine Gemeinschaft die Befolgung, das Lebendigmachen der sittlichen Lehren Christi, die Nachfolge seines Wandels als das Erste und Wesentlichste hinstellen wollte? S. Herder: Tendenz des Christenthums. (Briefe zur Beförderung der Humanität, 2. Hälfte am Ende. Werke zur Ph. u. Gesch. Bd. 11. S. 325. Ausg. v. 1810.)

76) S. oben Note 36.

§. 9.

Stahl wird durch das von ihm vertheidigte System der Staatsreligion dahin geführt, alle Staatsämter gewissermaßen als Kirchenämter aufzufassen; daraus insbesondere sucht er die Unfähigkeit aller Derer, welche sich nicht zur Staatsreligion bekennen, zur Bekleidung öffentlicher Aemter darzuthun, und damit soll denn zugleich die Ausschließung von allen staatsbürgerlichen Rechten gerechtfertigt sein. „Wer da befehlen und anordnen und richten will[77]) im Namen des Staates, der muß auch das als das Höchste bekennen, was der Staat seiner Bestimmung nach glauben, und als das Höchste bekennen muß. Man hat es auch niemals unrecht gefunden, daß ein Jude und Muhamedaner nicht Bischof werden kann (!); aber jedes Amt im Staate eines christlichen Volkes ist in entfernterer und untergeordneter Weise ein Bischofsamt, oder hat doch die Aufgabe es zu sein, jedes soll im christlichen Geist verwaltet, und jedes, wo es sich trifft, zur Förderung der Kirche gebraucht werden" u. s. w.

Welcher christlichen Kirche — möchte man fragen — soll denn aber der jedesmalige Eifer gelten? Ist es dem Katholiken zuzumuthen, daß er die protestantische Kirche fördere? dem Protestanten, daß er zur Erstarkung, und somit zum Siege der katholischen beitrage? Ohne daß jener Grundsatz bisher theoretisch anerkannt wäre, haben wir es wohl erlebt, daß Staatsämter zur Förderung der Kirche, d. h. einer von ihnen auf Kosten der andern, gebraucht, oder vielmehr gesetz- und constitutionswidrig gemißbraucht worden sind.

Wer wollte wohl dagegen streiten, daß zur Bekleidung eines öffentlichen Amtes nicht nur die nöthige Kenntniß, sondern, wie Stahl es verlangt, auch die gehörige Gesinnung mit Recht erfordert werden[78])? Wir rechnen dahin Redlichkeit und Treue in Erfüllung seiner Pflichten und allen Verkehrsverhältnissen, Liebe zum Vaterland oder zu dem Staat, welchen man sich erwählt hat, Uebereinstimmung

77) Stahl a. a. O. S. 287.

78) Stahl a. a. O. S. 286: „dem Amte nach seinen Anforderungen für das Oeffentliche zu genügen — gehört vor Allem die, mit der Gesinnung des Staates und Volkes übereinstimmende Gesinnung, in dem, was Lenkung und Herrschaft als Ziel und Richtschnur bestimmt. Das ist ein nicht minder wesentliches Erforderniß als die nöthigen Kenntnisse" u. s. w.

stimmung in sittlicher Anschauung der Lebensverhältnisse, so weit diese die Grundlage der Sitte und der Rechtsordnung ausmacht. Eine solche Uebereinstimmung kann aber bei großen dogmatischen und Glaubensdifferenzen — die zu den blutigsten Kämpfen, den bittersten Verfolgungen Veranlassung gegeben haben — sehr wohl stattfinden, wie dieses durch die Erfahrung hinlänglich bestätigt wird. Da indeß wohl Kenntnisse, durch Prüfung ermittelt, aber die Gesinnung nicht mit gleicher Sicherheit festgestellt werden kann, da kein Glaubens**bekenntniß** und keine Glaubensübung Bürgschaft für den sittlichen Werth eines Menschen und seine Gläubigkeit geben, so wird die Uebertragung eines öffentlichen Amtes in jedem besondern Falle Sache des Vertrauens der Regierung und des Volkes bleiben. Es wird dieß in so höherem Maße der Fall sein, als die Stellung eine bedeutendere, einflußreichere ist. Da aber Niemand durch die Befähigung zu Staatsämtern, zumal zu höhern, bei welchen doch allein von einem Quasi-Bischofsthum die Rede sein könnte, ein Recht auf dieselbe erhält, da erforderlichen Falls bei Besetzung **gewisser** Staatsämter sehr wohl Rücksicht auf besondere Eigenschaften genommen werden kann, so ist eine Ausschließung ganzer Classen von Personen um so weniger erforderlich, und daher, da eine solche Ausschließung auch stets eine Zurücksetzung und Kränkung enthält, auch in der Regel unzulässig. Wenn aber eine solche Disqualification damit entschuldigt werden soll, „daß darin keine Verletzung der Berechtigung (der Menschenrechte) liegt," da ja „kein Mensch ein Recht hat, über andere zu herrschen," — so liegt doch die Erwiederung fast allzu nahe, daß es ganz etwas Anderes ist, unfähig zu Staatsämtern, zur Ausübung aller politischen Rechte erklärt zu sein, als im einzelnen Fall nicht dazu zu gelangen, daß ferner eine Classe von Personen, die von der Theilnahme an den politischen Rechten ausgeschlossen ist, zu einer in anderer Weise, als die übrigen, **beherrschten** Classe wird.

Die Disqualification hat sich in Deutschland im Verhältniß von Katholiken, Lutheranern und Reformirten zu einander entwickelt, da die früher geduldeten Juden als Fremde betrachtet wurden. In vielen Territorien und Städten hatten nur die Verwandten Einer Confession politische Rechte. In Wirttemberg z. B. mußten im 17. und 18. Jahrhundert alle Beamte, Magistrate und Lehrer die formula concordiae unterschreiben, und selbst die Musikanten

bei der Hofmusik sollten „so viel möglich reiner Augsburgischer Confession zugethan sein“ 79). Da heutigen Tages die Mitglieder der katholischen und evangelischen Kirche in allen Bundesstaaten im Genuß der staatsbürgerlichen Rechte einander vollkommen gleich sein sollen, so kann nur noch in Frage kommen, ob die andern christlichen Religionsparteien Angehörenden und Nichtchristen, d. h. besonders Juden (denn von andern wird in unseren Staaten nicht die Rede sein) von den politischen Rechten ausgeschlossen bleiben sollen? Unser Autor bejaht dieß. Aber der Grund, „daß Niemand es bisher Unrecht gefunden, daß ein Jude und Muhamedaner nicht Bischof sein könne,“ u. s. w., paßt nicht in gleicher Weise gegen die s. g. Sectirer, d. h. gegen Alle, welche sich von den Landeskirchen trennen; es mangelt jede weitere Rechtfertigung.

Ob den Juden die staatsbürgerlichen Rechte, die Fähigkeit zur Bekleidung von Staatsämtern mit Recht entzogen bleiben darf, überschreitet die Grenzen des Gegenstandes, mit welchem wir uns hier beschäftigen, indem es dabei vorzüglich in Betracht gezogen werden müßte, ob es Männer unter ihnen gibt, welchen ein nationales Sonderbewußtsein und Sonderinteresse abgeht, welche sich nur als Angehörige desjenigen Volkes, unter welchem sie aufgewachsen sind, fühlen und wissen? In Frankreich, Belgien und Holland sind Juden bereits durch die Wahl der Regierung, das Vertrauen des Volkes, der Gemeinden, selbst zu höhern Aemtern emporgestiegen. England hat in seiner Gesetzgebung denselben Weg betreten. Hat nun aber seitdem das Volk in jenen Ländern sich mehr vom Christenthum abgewendet, ist christliche Denkweise und Sitte erschüttert worden?

Stahl meint zwar: durch die Zulassung von Nichtchristen, namentlich von Juden, zu Staatsämtern und zur Volksvertretung werden nicht nur der Charakter und die Interessen des christlichen Staates beeinträchtigt, sondern die Ertheilung der vollen politischen Berechtigung (der Emancipation) sei, beim Licht betrachtet sogar gegen sie selbst (die Juden) ein Unrecht, denn sie befestige die Meinung, eine Religion sei, wie die andere, und hemme ihnen dadurch den Weg christlicher Erkenntniß, den ihnen das christliche Volk, der christliche Staat, in welchem sie leben, gerade

79) Kanzleiordnung v. 1660 P. VI. Tit. 1. (Zeller's Sammlung der württ. Regierungsgesetze Th. 2. S. 415.)

bahnen sollte[80]). Wenn die Juden durch Nichtgleichstellung mit den christlichen Staatsgenossen, auf die Vorzüge des Christenthums hingewiesen werden sollten und könnten, so wären Beschränkung des Gewerbes, Einschließung in Judenstraßen, Leibzoll, wohl auch ein Judenhut oder sonstige Abzeichen, weit kräftigere und eindringlichere Mittel. Die Erfahrung hat aber sattsam gelehrt, daß da, wo die rechtlichen und geselligen Schranken zwischen Juden und Christen gefallen sind, die meisten Bekehrungen und Uebertritte stattfinden. Es bedarf keiner andern Missionen unter die Juden, als rechtliche Gleichstellung; nur Absonderung, Druck, hat die religiös-nationelle Fortdauer des Judenthums in unsern Staaten bewirkt, und hat allerdings mancher Orten die Juden zu einer Last des Staates gemacht. Die Staaten und die Völker haben altes Unrecht zu sühnen!

§. 10.

Vollkommene Gewissensfreiheit findet nur statt, wo der Genuß bürgerlicher und politischer Rechte nicht von dem religiösen Bekenntniß abhängt; die Nichtentziehung solcher Rechte um des Glaubens willen ist gleichsam die negative Seite derselben. Sie offenbart sich aber eigentlich in der freien und unbeschränkten Religionsübung, welche das wesentlichste positive Erforderniß derselben ausmacht, daher man denn auch wohl oftmals unter Gewissensfreiheit vorzugsweise „das Recht, seine Religion auszuüben, Gott in der, den religiösen Vorstellungen und Lehren angemessenen Weise zu verehren," zu verstehen pflegt.

In der Verkümmerung der freien Religionsübung, wo deren völlige Verhinderung nicht mehr möglich war, hat sich die Unduldsamkeit früherer Jahrhunderte wahrhaft erfinderisch erwiesen. Man hatte bereits im westphälischen Frieden drei Grade derselben angenommen: öffentlichen Gottesdienst, Privat-Gottesdienst, und die Hausandacht. Die evangelischen Stände hatten zwar nur von zwei Arten (öffentlichem und Privatgottesdienst) etwas wissen wollen, da aber die katholischen ihren protestantischen Unterthanen, welche weder durch das Entscheidungsjahr noch durch Verträge gesichert waren, keinen Privatgottesdienst gewähren wollten, so hat, wie J. J. Moser bemerkt[81]): „die Noth, die fruchtbare Mutter der

80) Stahl a. a. O. S. 288.

81) J. J. Moser: de exercit. rel. domest. §. 15.

Erfindung dahin geführt, daß man noch jene dritte Art des Gottesdienstes erdachte." Da aber auch der Ausdruck: öffentlicher Gottesdienst, mannigfacher Deutung fähig war[82]), und da nirgends gesetzlich bestimmt war, was unter den ersteren Beiden zu verstehen sei, — wie denn, was zu dem einen oder dem andern gehört, bis auf den heutigen Tag nicht allgemein feststeht, und da man von Seiten der Landeskirche, „der widerwärtigen Religion" den durch das Entscheidungsjahr erlangten Besitzstand so viel als möglich zu beschränken suchte, und wo ein solcher nicht stattfand, aus Gnade so viel einräumen konnte, als man wollte, so hat man jede dieser Stufen der Religionsübung auf das Geringste, was sich darunter verstehen ließ, zurück zu bringen gesucht. Die Gelehrten haben sich dann bemüht, die Aeußerungen und Chikanen der Unduldsamkeit in ein System zu bringen. — So lehrte J. J. Moser[83]), daß der öffentliche Gottesdienst Grade habe, indem er ein freier, vollständiger und uneingeschränkter sein könne. Ein freier öffentlicher Gottesdienst sei der, welcher nur alle wesentlichen Stücke umfasse; dahin rechnet er aber, „daß zu einem allgemeinen Gottesdienst durch öffentliches Geläute die gewöhnlichen Zeichen gegeben werden; daß alle solcher Religion Zugethane, sowohl Einheimische als Fremde, dem allgemeinen Gottesdienst zu allen Zeiten nach freiem Belieben beiwohnen dürfen; endlich, daß neue Eheleute mit einem öffentlichen Gefolge zur Kirche begleitet, die Kinder mit einem üblichen Gefolge zur Taufe gebracht, sodann die Todten mit einem öffentlichen Gefolge zur Erde bestattet, und ihnen öffentliche Leichenreden gehalten werden dürfen"[84]). Eine ähnliche Gradation findet dann nach Moser auch bei dem Privatgottesdienst Statt, und sind hier zu den wesentlichen Stücken zu rechnen: daß ein Prediger den Gottesdienst halten darf, es gestattet ist gemeinschaftlich zu be-

---

82) Oeffentlich ist, was den Staat, die res publica betrifft, also auch von dieser ausgeht, in seinem Namen, unter seiner Autorität geschieht; was für Jederman, für das Publikum bestimmt ist; was Allen zugänglich, oder wahrnehmbar u. s. w.

83) J. J. Moser, Abhandlungen von deutschen Staatssachen. Stuttg. 1765. 4. 2. Samlg. Nr. 1. u. im Auszug: Von der Landeshoheit in geistlichen Sachen. Frkfrt. 1773. 4. S. 323 ff.

84) Abhandlungen. S. 21 u. 27 ff.

ten und die Predigt anzuhören, so wie auch das heilige Abendmahl zu feiern, wozu bei den Katholiken noch das Halten der Messe hinzukommt[85]). Aus dem Rechte des Privatgottesdienstes folgt mithin noch nicht, — wiewohl es oft vorkommt, wo der Privatgottesdienst ein freier oder unumschränkter ist — daß man denselben in eigenen kirchenförmigen Gebäuden halten, daß derselbe bei offenen Thüren stattfinden darf, oder daß es allen und jeden in- und ausländischen Religionsgenossen gestattet ist, daran Theil zu nehmen; eben so wenig ist damit nothwendig die Befugniß verbunden, einen eigenen Prediger zu halten, oder durch einen Geistlichen seiner Confession taufen, die Ehen einsegnen zu lassen, u. s. w. Es kamen als Beschränkungen auch wohl noch vor, daß man denselben nicht an eben den Tagen und Stunden halten durfte, darin die herrschende Religion ihres Gottesdienstes pflegte; daß er nur in der Wohnung des Berechtigten, an einem abgesonderten Ort, so daß auf der Straße davon nichts gesehen und gehört wurde, stattfinden sollte, daß keine Orgel dazu gehen, keine Zeichen zum Gottesdienst auch nur innerhalb des Quartiers mit einer Handschelle zu geben erlaubt war u. dgl. Es erklären sich diese und andere Beschränkungen theilweise daraus, daß ein solcher Gottesdienst oft nur einzelnen Personen, z. B. Gesandten, als ein besonderes Recht eingeräumt war, vorzüglich aber gingen sie daraus hervor, daß man ihn als ein Aergerniß betrachtete, welches so viel als möglich verborgen und im Dunkeln bleiben sollte. Das Wesen des Hausgottesdienstes besteht aber in der Berechtigung: Gott nach den Grundsätzen seiner Religion zu dienen, ohne deßwegen angefochten, und in der Hausandacht gestört zu werden; es wurde mithin nicht nur als eine Erweiterung jenes Rechtes betrachtet, wenn mehrere Hausväter oder ihre Familien sich zuweilen zum Gottesdienst vereinigen durften, sondern auch, wenn es ihnen erlaubt war, frei die Bücher ihrer Religion kommen zu lassen, laut zu singen, Bilder im eigenen Hause aufzustellen, Dienstboten ihrer Religion zu halten. Man ersieht daraus, was es mit einer s. g. Gewissensfreiheit für Bewandtniß hat, welche die Unduldsamkeit zur Grundlage hat, und nur eine dieser abgerungene Concession ist.

---

85) Daselbst S. 43.

Sehr treffend hat Richter[86]) den Werth und die Bedeutung einer bloßen (einfachen) Hausandacht gewürdigt, indem er bemerkt, „daß eine Religion, die in dieser Weise beschränkt ist, in Wahrheit als eine verbotene betrachtet werden muß, weil ihren Bekennern gerade das versagt wird, was in dem Wesen der Religion liegt, die Gemeinschaft". Daher denn auch das Corpus Evangelicorum, wiewohl vergeblich, versuchte, den, auf die Hausandacht beschränkten Augsburgischen Confessionsverwandten wenigstens die Möglichkeit der Vereinigung mehrerer Hausväter zu gemeinschaftlicher Erbauung zu erstreiten. Richter hebt ferner hervor, wie die Beschränkung auf bloße Hausandacht heutigen Tages weit mehr noch dem wahren Verbot einer Religion gleichkommt, und somit eine größere Härte enthält, als dieses früher der Fall war. Denn bei der Bestimmung, daß den zur Religionsübung nicht berechtigten Glaubensverwandten, so fern ihnen der Aufenthalt im Lande gestattet wurde, die Hausandacht nicht verwehrt werden dürfe, ging man von der Voraussetzung aus, daß es ihnen möglich sein würde, den Gottesdienst ihrer Confession in einem Nachbargebiete zu besuchen, daher denn auch noch ausdrücklich festgesetzt war, daß sie daran nicht verhindert werden sollten[87]); welche Möglichkeit aber heutigen Tages bei unserem veränderten Staats- und Territorialverhältniß nur in den seltensten Fällen stattfinden würde. Es ist dieses wieder ein Beispiel dafür, was es heißt: an Satzungen festhalten, weil sie historisch gleichsam die Weihe der Zeit empfangen haben; während die Zeit selbst, die Zustände, aus oder mit welchen die Satzungen erwachsen sind, zu denen sie in einem nothwendigen Verhältnisse stehen, andere geworden sind. Die engen Schranken, welche übrigens der Hausandacht gesetzt sind, der Drang des Herzens, sie zu überschreiten, und sich zu gemeinschaftlichem Gebet, Gesang, Betrachtung mit Gleichgesinnten zu vereinigen, die Versuchung, Gebote zu überschreiten, für welche unser Gewissen keinen

86) Aem. L. Richter, der Staat und die Deutschkatholiken (Leipzig, 1846) S. 27.

87) Instr. Pac. Osn. V. 34 — domi devotioni suae, sine inquisitione aut turbatione privatim vacare, in vicinia vero, ubi et quoties voluerint, publico religionis exercitio interesse, vel liberos suos exteris suae religionis scholis committere non prohibeantur.

Rechtfertigungsgrund finden kann, trägt die polizeiliche Einmischung, die Angeberei und den Verrath bis in das Heiligthum des Hauses. Wohin die Maßregeln zur Aufrechthaltung solcher Bestimmungen führen können, läßt sich gar nicht vorher bestimmen.

Aber auch der Privatgottesdienst, wo er nicht mit dem Rechte verbunden ist, einen eigenen Prediger zu haben, oder durch Geistliche der Confession die Handlungen, denen ein religiöser Charakter beiwohnt, vollziehen, ihnen die kirchliche Weihe geben zu lassen, gewährt nur eine höchst verkümmerte Befriedigung des religiösen Bedürfnisses, und wird zum Religionszwang im eigentlichsten Sinne des Wortes, wenn damit die Nöthigung verbunden ist, diese Handlungen von dem Geistlichen einer fremden Confession vornehmen zu lassen. Sonderbarer Weise hat sich Richter[83]) dahin ausgesprochen, daß den Deutschkatholiken zwar nicht verwehrt werden dürfe, die Taufen durch ihre Prediger verrichten zu lassen, weil, wie er sagt, die Taufe, der erste Act christlicher Liebe, durch den Zwang offenbar ihrer eigentlichen Bedeutung entkleidet werden würde, daß aber die Einsegnung der Ehen durch jene Prediger nicht stattfinden dürfe. Bei der Taufe soll mithin jeder Zwang ferngehalten werden; aber den Bund, welchen erwachsene, der Bedeutung des Schrittes, welchen sie thun, bewußte Mitglieder der Gemeinde, als eine von Gott selbst gesetzte Einigung für das ganze Leben schließen, (denn so wenig sich auch noch die innere Entwicklung des Christkatholicismus, wie seine äußeren Schicksale bestimmen lassen, so liegt doch nichts vor, was irgend dazu berechtigte, den Deutschkatholiken als solchen dieses christliche Bewußtsein der Ehe abzusprechen) sollen sie nicht von dem erwählten Lehrer der Gemeinde, aus dessen Munde sie Gotteswort zu vernehmen gewohnt sind, weihen lassen dürfen, sondern dieses soll von einem fremden Geistlichen geschehen müssen, der vielleicht in seinen religiösen Ansichten mit dem Verfasser übereinstimmend, aber weniger duldsam und besonnen, die Deutschkatholiken und das vor ihm stehende Brautpaar für Nichtchristen hält, welche man zurücktreiben müßte unter die historisch-berechtigte Herrschaft des Papstes, wenn sie sich nicht etwa den lutherischen Bekenntnißschriften unterwerfen wollten? Welche Weihe würde eine so vollzogene Ehe haben? Mit welchen Gefühlen

83) Der Staat und die Deutschkatholiken, S. 37.

würden unter solchen Verhältnissen die Gebete emporsteigen, der Segen ertheilt und empfangen werden? Und wie dann, wenn die Erwartung den Verfasser trügen würde, wenn dennoch „der gläubige evangelische Pfarrer einen Anstoß für sein Gewissen finden“ sollte, eine solche Handlung zu vollziehen? Auffallender als diese Inconsequenz scheint uns aber noch die Art ihrer Rechtfertigung: Wäre — sagt der Verfasser[89]) — die Einsegnung nur ein **kirchlicher** Act, ohne den die Ehe **bürgerlich** zu Recht bestünde, so würde der Staat hier völlig gleichgiltig zusehen können. So lange sie aber eine unendliche Mannigfaltigkeit tief in das öffentliche Leben eingreifender Rechte bedingt, versteht es sich von selbst, daß sie von dem Staate ohne Gefahr nicht einem garantielosen, im rechtlichen Sinne für ihn nicht vorhandenen Predigtamte überlassen werden darf. So, setzt er hinzu, werden wir denn von selbst auf das, schon jetzt in einzelnen Ländern ergriffene Auskunftsmittel hingeführt, sowohl die vorbereitenden Handlungen der Untersuchung der Zulässigkeit der Ehe und das Aufgebot, so **wie die Einsegnung** (sic!) den evangelischen Pfarrern zu überlassen u. s. w. Also die bürgerliche Wirkung, welche der Staat an die kirchliche Handlung knüpft, soll denselben berechtigen, eine Anordnung zu treffen, welche sich vom kirchlichen Standpunkt nicht rechtfertigen lassen würde? Wir dächten, daß sich doch wohl ein anderes Auskunftsmittel würde auffinden lassen, und der Verfasser selbst ist ihm schon sehr nahe gekommen, indem er die vorbereitenden Handlungen u. s. w. und die Einsegnung von einander getrennt hat. Könnte nicht die Leztere dem Geistlichen überlassen bleiben, und die bürgerliche Wirkung der Ehe von der Anzeige der Eheleute bei der Behörde, welcher die vorbereitenden Handlungen überlassen sind, — die aber allerdings kein Geistlicher einer andern Confession sein müßte und dürfte — abhängig gemacht werden? Man wird hierauf vielleicht erwiedern, daß der Staat, als christlicher, es nicht zugeben könne, daß die Ehe ihres religiösen Charakters entkleidet, zu einem bloßen Civilact herabgesetzt werde, und um so weniger die Hand dazu bieten dürfe; daß er vielmehr darauf halten müsse, daß sie eine kirchliche Weihe empfange, und dadurch nun auch als vollzogen, als rechte Ehe gelte. Auch wir wünschen es nicht, daß die Ehe, zumal bei uns, als ein bloßes

89) **Richter** a. a. O. S. 40.

Vertrags-, als ein rein civilrechtliches Verhältniß betrachtet werden möchte, und daß die Einsegnung bei Schließung der Ehen, — welche bekanntlich im Mittelalter weder rechtlich nothwendig, noch so allgemein üblich war, wie sie es nach der Reformation geworden ist, — außer Gebrauch kommen möchte; aber deßhalb braucht, ja soll die Trauung, als ein rein kirchlicher Act, kein staatliches Zwangsinstitut sein, und es sind Vorschriften und Anordnungen, welche dieß indirect bewirken, um so mehr zu vermeiden, als dadurch gerade Vexationen und Bedrückungen Andersgläubiger hervorgerufen werden. Man sollte ferner doch erwägen: ob durch die katholische Erklärung vor Pfarrer und Zeugen die Ehe die religiöse Weihe empfange, um derentwillen man die Trauung im protestantischen Sinn als rechtlich-nothwendige Eingehungsform der Ehe beibehalten will? Es ist diese Erklärung im Grunde nichts anders, als eine kirchlich-polizeiliche Form, welche das Tridentinum eingeführt hat, um den Mißständen des »consensus facit nuptias« zu entgehen[90]). Aber auch die protestantische Trauung sinkt zu einem Polizeiinstitut herab, wenn sie nur der bürgerlichen Bedeutung und Folgen wegen gesucht wird, nicht aber auch um eines religiösen Bedürfnisses willen, und aus einem tief begründeten Bewußtsein von der Heiligkeit der Ehe, wie es im deutschen Volke lebt[91]). Als in einem Theile des nördlichen Deutschlands die französische Gesetzgebung herrschte, da waren es doch nur wenige, und großentheils nur Personen, auf welche, oder auf deren Verbindung schon ein Makel haftete, welche es bei dem Civilacte bewenden ließen, und es wurde ein solches, bloß von dem Maire ohne kirchliche Weihe geschlossenes Ehebündniß, fast als eine Art wilder Ehe oder Concubinat betrachtet. Aber auch

90) S. meine Erörternngen über die Gewissensehe im Bd. 4. S. 186 ff. dieser Zeitschrift.

91) „Ob die kirchliche Trauung ein Zwangsinstitut werden könne — sagt J. U. Wirth (System der speculat. Ethik, Bd. 2. S 48) — kann etwa nur von einem Territorialsystem bejaht werden, in welchem das Religiöse als schlechthin eins mit dem Politischen, oder als ein Zweig des letztern erscheint, ist aber schlechterdings zu verneinen, weil ein gezwungener religiöser Act ein sich widersprechender Begriff ist, und in ihm gerade die Innigkeit wegfiel, welche ihn zum religiösen macht" u. s. w. S. auch Rudelbach Thesen a. a. O. Nr. 46.

bei den Katholiken ist ja die Benediction, ohne nothwendiges Erforderniß zu sein, allgemein üblich, und noch bis auf diesen Tag wurzelt, wie Richter bemerkt, die Ueberzeugung, daß sie es sei, welche das Sacrament zur Ehe zur Existenz bringe, so tief im Bewußtsein des Volks, daß allein hieraus der unüberwindliche Widerwille gegen die, in der letzten Zeit für die gemischten Ehen angeordnete passive Assistenz, d. h. gegen die gemeinrechtliche Form der Schließung der Ehe, erklärt werden kann. Es ergibt dieses aber, oder bestätigt vielmehr den, für unsern Gegenstand wichtigen und fast entscheidenden Satz, daß das religiöse Bedürfniß und Bewußtsein die einzig wahre Grundlage alles Glaubens überhaupt, so wie auch der besondern Gestaltung desselben ist, welche sich unabhängig von den Vorschriften des Staates, ja selbst gegen dieselbe bildet.

§. 11.

Wir haben die Nichtentziehung der bürgerlichen und politischen Rechte, und die Freiheit der Religionsübung als die wesentlichen Stücke der Gewissens- und Religionsfreiheit betrachtet. Indem wir nun sehen wollen, in welchem Maße und in welcher Weise diese bis jetzt in unseren deutschen Staaten Eingang gefunden, und was die wichtigsten neuern Gesetze darüber bestimmt haben, können wir an den so eben besonders behandelten Gegenstand anknüpfen. Es war davon die Rede, daß man bei dem Mangel gesetzlicher Bestimmungen, die verschiedenen Grade des Gottesdienstes, namentlich den Privatgottesdienst, oftmals auf das geringste Maß, was sich darunter verstehen ließ, zurückzubringen gesucht hat.

Neuere Gesetze haben indeß die Unterscheidungsmerkmale des Privatgottesdienstes genauer festzustellen gesucht. Es sind dieses das Preußische Landrecht Th. II. T. 11. Absch. 1., und das Edict über die äußern Rechtsverhältnisse des Königreichs Baiern in Beziehung auf Religion und kirchliche Gesellschaften vom 26. Mai 1818. Beide Gesetze, welche in einzelnen Bestimmungen oft wörtlich mit einander übereinkommen, während sie oftmals in wesentlichen Punkten von einander abweichen, sind für den ganzen hier behandelten Gegenstand von so größerer Bedeutung, als es in den übrigen Bundesstaaten fast ganz an ähnlichen Gesetzen fehlt [92]). Wir können aus ihnen ersehen, wie die Ansichten über

92) Beachtenswerth ist indeß insbesondere noch das Großh. Baden'sche

Religionsverhältnisse sich im Laufe der Zeit gestaltet haben, und sie geben uns einen gewissen Anhalt für die Bestimmung mancher rechtlicher, anderweitig nicht legal festgesetzter Begriffe.

Denjenigen Religionsgesellschaften nun, welche auf bloßen Privatgottesdienst beschränkt sind, ist die Anstellung gottesdienstlicher Zusammenkünfte in gewissen dazu bestimmten Gebäuden, und die Ausübung der, ihren Religionsgrundsätzen gemäßen Gebräuche, sowohl in diesen Zusammenkünften, als in den Privatwohnungen der Mitglieder gestattet [93]). Doch ist ihnen, wie das Preußische Landrecht (§. 25) hinzusetzt, nicht erlaubt, öffentliche Feierlichkeiten außerhalb des Versammlungshauses anzustellen. Von einer Nöthigung, den Gottesdienst bei verschlossenen Thüren zu halten, keine andere als Gemeindeglieder zuzulassen u. dgl. mehr — welche Beschränkungen man früher aus dem Begriff des Privatgottesdienstes hat ableiten wollen, ist in jenen Gesetzen keine Rede mehr. Doch ist dergleichen wohl in neuerer Zeit wieder bei Bestimmung der Rechtsverhältnisse der Christkatholiken in manchen Ländern zum Vorschein gekommen. In England besteht gerade die entgegengesetzte Vorschrift, daß alle Dissenters ihren Gottesdienst bei offenen Thüren halten müssen, und Jedem, der sich sittsam beträgt, freistehen muß, hineinzukommen; auf die Störung des Gottesdienstes ist dabei eine Strafe von 20 Pf. Sterl. gesetzt [94]). — Ein Hauptmerkmal des Privatgottesdienstes ist ferner, daß der Gebrauch der Glocken dabei nicht gestattet ist [95]); nach dem Bairischen Edict dürfen aber Religionsgesellschaften, denen nur das Recht des Privatgottesdienstes zusteht, sich überhaupt aller der Auszeichnungen nicht bedienen, welche Gesetz oder Gewohnheit öffentlichen Kirchen angeeignet haben. Es werden die zur Ausübung des Gottesdienstes gewidmeten Gebäude rechtlich nur als Privathäuser angesehen, und genießen also nicht des besondern Schutzes und der Vorrechte der

---

Edict die kirchliche Staatsverfassung betreffend, v. 11. Mai 1807; auch in Kamptz Jahrbücher Bd. 50. S. 361 ff. abgedruckt.

93) Preuß. Landrecht I., 11. §. 23. Baier. Edict §. 34.

94) So berichtet Wendeborn: Zustand des Staats, der Religion u. s. w. in Großbrittanien. (Berl. 1785) Bd. 3. S. 195.

95) Preuß. Landrecht a. a. O. §. 25. Baier. Edict §. 35.

öffentlichen Gebäude und namentlich der Kirchen[96]). Wir können damit auch verbinden, daß die zur Feier der Religionshandlungen bestellten Personen keine besonderen Vorzüge genießen sollen, wie sie nach den Landesrechten den Geistlichen der zum öffentlichen Gottesdienst berechtigten Religionsparteien zukommen, z. B. Befreiung von Staatsabgaben, Communallasten[97]). Es sind alle diese Bestimmungen theils noch ein Nachklang der Ansicht, daß ein Privatgottesdienst möglichst ohne die äußere Aufmerksamkeit auf sich zu ziehen, geübt werden soll, wie man ihn früher wohl nöthigte, sich möglichst in das Dunkel und die Verborgenheit sorgfältig zurückzuziehen; theils spricht sich in ihnen aus, daß ein solcher Gottesdienst nicht des besondern Schutzes in gleicher Weise würdig sei, wie der einer vom Staate als wahr anerkannten Religion.

Wenn aber der Privatgottesdienst sich von dem öffentlichen nur durch die, in den Gesetzen angegebenen Merkmale unterscheidet, so wird durch die Beschränkung auf denselben die Gottesverehrung so wenig verhindert oder verkümmert, daß man darin wohl kaum eine eigentliche Verletzung der Gewissensfreiheit wird erblicken können; vorausgesetzt nämlich, daß die zur Feier des Gottesdienstes bestellten Personen alle die Religionshandlungen vornehmen können, denen eine bürgerliche Wirkung beigelegt ist. Es wird aber auch nicht verkannt werden können, daß eine jede Religionspartei in der Beschränkung ihres Cultus eine in ihren Augen stets unberechtigte Geringschätzung und Verurtheilung ihres Glaubens erblicken wird, wie dieß aus dem, was schon Salvian im 5. Jahrhundert so richtig bemerkt hat[98]), sich ergibt. Und es dürfte um so zweifelhafter sein ob, von der Gerechtigkeit und allem Andern abgesehen, durch die gesetzliche Entziehung, insbesondere bloßer Ehrenrechte, der Staat oder die herrschende Kirche irgend einen Vortheil erlangt, da der Cultus einer durch Zahl und Ansehen ihrer Mitglieder schwächern Glaubenspartei, sich doch stets factisch schon als eine Art Privatgottesdienst darstellen wird.

---

96) Pr. Landr. a. a. O. §. 18 vgl. mit §. 23. Baier. Edict §. 29 vgl. mit §. 34.

97) Pr. Landr. a. a. O. §. 26. Baier. Edict §. 36.

98) S. oben Note 12.

§. 12.

Eine jede Religionsübung, welche die Grenzen der Hausandacht überschreitet, fordert oder setzt gewissermaßen voraus eine äußere, den Religionsgrundsätzen selbst angemessene gesellschaftliche Verbindung und Verfassung der durch den gleichen Glauben Verbundenen. Im westphälischen Frieden wird die Berechtigung zu einer solchen Gesellschaftsverfassung, zur Errichtung der erforderlichen Anstalten, — wie es denn auch bei den ältern Canonisten der Fall ist, — zu den annexis exercitii religionis (privati vel publici) gerechnet[99]). So wie der Gottesdienst in mannigfacher Weise beschränkt war, und man ihn, wie bemerkt, wo derselbe dem Entscheidungsjahre gemäß gestattet werden mußte, auf die möglichst engen Grenzen zurückbrachte, so war es auch in Beziehung auf die s. g. Annexa der Fall[100]). Heutigen Tages hat sich nun die Auffassung dieser Verhältnisse geändert. Man stellt das kirchliche oder Religionsgesellschaftsrecht voran, nach Maßgabe dessen sich dann die Art der Religionsübung, die nun gleichsam ein Annex von diesem geworden ist, bestimmt. Früher unterschied man ferner verbotene, geduldete und eigentlich recipirte Bekenntnisse; jetzt wird in der Regel nur von öffentlich aufgenommenen und nur genehmigten Religions g e s e l l s c h a f t e n, welche letztere auch wohl geduldete genannt werden, gesprochen. — In einem jeden Territorium war in Folge der Reformation eines der im Reiche recipirten Bekenntnisse die eigentliche Landesreligion, zu welcher der Landesherr und die Mehrzahl der Unterthanen, denn sonst hätte es solche Herrschaft nicht erlangen können, auch wohl die letzteren allein sich bekannten[101]), weil es ihnen als das allein wahre und daher zuläßige erschien[102]). Daneben bestand dann wohl noch ein anderes, ent-

---

99) Inst. Pac. Osnab. V. §. 31: — retineant id (exercitium rel. publ. v. priv.) una cum annexis. Cujusmodi annexa habentur institutio consistoriorum, ministeriorum tam scholasticorum quam ecclesiasticorum, jus patronatus, aliaque similia jura.

100) S. M o s e r, Landeshoheit in geistl. Sachen S. 330. Derselbe über öffentlichen, Privat- und Hausgottesdienst S. 23.

101) Diesen Fall hat schon der 7. Art. des Inst. Pac. Osn. vor Augen.

102) Daher die Aengstlichkeit, mit der man darauf hielt, daß der „Hof-Gottesdienst eines Landesherrn, der einer andern Religion

weder weil es den Besitzstand des Jahres 1624 für sich hatte, oder aus irgend welchem Grunde im Lande gelitten wurde. Dieses Leiden, Dulden desselben war also ein nothwendiges, oder ein freiwilliges, d. h. von der Landesobrigkeit ausgegangenes, indem diese dazu durch etwaige politische Rücksichten, durch Milde und Nachsicht gegen Andersgläubige, — was man insbesondere als Toleranz zu bezeichnen pflegte, — bestimmt wurde. Die Anhänger eines solchen Bekenntnisses konnten auf bloße Hausandacht beschränkt sein, besonders im letzteren Fall; oder sie konnten zur Privatreligionsübung, ja wohl gar zur öffentlichen, die ja auch verschiedenen Umfang hatte, berechtigt sein; was aber wohl nur da vorkam, wo das Recht dazu ein durch das Entscheidungsjahr gesichertes war. Bei dem Ausdruck: geduldete Religion, denkt man in der Regel an eine solche, der, eben weil sie nicht die wahre ist, auch nur ein beschränkter Umfang von Rechten zukommt [103]). Bei manchen älteren Juristen findet man aber die Erklärung, ein Bekenntniß sei dann ein geduldetes zu nennen, wenn es in einem Lande nur gleichsam unbeachtet gelassen, ignorirt wurde, so daß ihm eigentlich

---

ist als sein Land" — (s. J. J. Moser's Abhandlung über diesen Gegenstand, in dessen erster Sammlung einiger neuen Abhandlungen 1765) die Grenzen eines Privatgottesdienstes nicht überschreite. Freilich war dabei aber auch Evangel. Seits die, durch Erfahrung nur zu sehr gerechtfertigte Besorgniß vor s. g. Gegenreformationen besonders wirksam.

103) In diesem Sinn behaupteten noch im vorigen Jahrhundert katholische Schriftsteller, daß die Evangelischen im Reiche nur sive ex gratia sive ex conniventia, sive ob inevitabilem necessitatem im Reiche geduldet würden; wodurch Beschwerden des Corp. Evang. veranlaßt würden. S. J. J. Moser, von der deutschen Religionsverf. S. 504. — In einer im J. 1722 unter vorgedruckter Erlaubniß der bischöflich Speier'schen und Augsb. Vicariate gedruckten Schrift: „Vogel friß oder stirb" u. s. w. von einem gewissen Weislinger, hieß es sogar: die Lutheraner und Reformirte würden im Reiche gleichsam ohne Bürgerrecht nur tolerirt, wie man mancher Orten Huren und Juden nur um größere Uebel dadurch zu verhüten, und weil man sie zur Zeit noch nicht völlig ausrotten und vertilgen könne, duldet. Vgl. Pütter's hist. Entwicklung der Staatsverf. d. deut. Reichs Bd. 2. S. 385, wo noch Mehreres der Art zu finden ist.

wie ein innerer, so auch ein äußerer Rechtsgrund seines Bestandes im Lande abgehe[104]). — Verboten war nun jedes Bekenntniß, welches nicht im Lande geduldet wurde. Wie oben bemerkt, konnte nach den Grundsätzen des westphälischen Friedens auch jedes der im Reiche recipirten Bekenntnisse, in den einzelnen Territorien möglicher Weise als reprobirtes angesehen werden.

In den meisten Bundesstaaten — wohl mit einziger Ausnahme von Oestreich — ist nun aber die Regel geltend geworden, daß Niemand wegen seines Religionsbekenntnisses aus dem Lande vertrieben, noch viel weniger ihm also irgend ein anderer (directer) Zwang angethan werden, daher auch nicht, wie beschränkt auch seine Rechtsfähigkeit sein mag, ihm der Staatsschutz entzogen werden darf; und daß ferner Niemanden der Hausgottesdienst verwehrt werden kann. Es gibt demgemäß kein verbotenes, ja auch eigentlich kein bloß geduldetes Glaubensbekenntniß mehr; das Glaubensbekenntniß der Individuen ist als solches vielmehr gar nicht Gegenstand der Prüfung und Controlle des Staates. Zuerst und am ausführlichsten sind diese Grundsätze in dem preußischen Landrechte ausgesprochen. Es heißt daselbst (II. T. 11. §. 1): die Begriffe der Einwohner des Staates von Gott und göttlichen Dingen, der Glauben und der innere Gottesdienst können kein Gegenstand von Zwangsgesetzen sein. (§. 2) Jedem Einwohner muß eine vollkommne Glaubens- und Gewissensfreiheit gestattet werden. (§. 3) Niemand ist schuldig über seine Privatmeinungen in Religionssachen vom Staate Vorschriften anzunehmen. (§. 4) Niemand soll wegen seiner Religionsmeinungen beunruhigt, zur Rechenschaft gezogen, verspottet werden. (§. 5) Auch der Staat kann von einem Unterthanen die Angabe, zu welcher Religionspartei er sich bekenne, nur alsdann fordern, wenn die Kraft und Gültigkeit gewisser bürgerlicher Handlungen davon abhängt. (§. 6) Aber selbst in diesem

---

104) So G. L. Boehmer, princ. jur. can. §. 16. Exercitium religionis tribuitur vel concessione rei publ. ex qua oritur jus perfectum —, permittitur nuda tolerantia dum vi imperii nihil decernitur adversus existentiam religionis exercitii in republica. Toleratum destituitur jure perfecto et toleratae ecclesiae rationem habuit ecclesia sub imperatoribus gentilibus. S. auch oben Note 5 die Stelle aus der Dissert. von J. H. Böhmer.

Falle können mit dem Geständniß abweichender Meinungen nur diejenigen nachtheiligen Folgen für den Gestehenden verbunden werden, welche aus seiner dadurch, vermöge der Gesetze begründeten Unfähigkeit zu gewissen bürgerlichen Handlungen oder Rechten, von selbst fließen. (§. 7) Jeder Hausvater kann seinen häuslichen Gottesdienst nach Gutbefinden anordnen. (§. 8) Er kann aber Mitglieder, die einer Religion zugethan sind, zur Beiwohnung desselben wider ihren Willen nicht anhalten.

Das Baierische Religionsedict sagt aber bloß (§. 1): Jedem Einwohner des Reiches ist durch den §. 9 T. IV. der Verfassungsurkunde eine vollkommene Gewissensfreiheit gesichert. (§. 2) Er darf daher in Gegenständen des Glaubens und Gewissens keinem Zwang unterworfen, auch darf Niemanden, zu welcher Religion er sich bekennen mag, die einfache Hausandacht untersagt werden.

In ähnlicher Weise haben dann auch alle seit dem Jahre 1815 entstandenen Verfassungsurkunden den Staatsbürgern oder „Landeseinwohnern" „vollkommene", „volle", „ungestörte Gewissensfreiheit" zugesichert. Die Bezeichnung „vollkommen" kann, da hier offenbar eine conscientiae libertas plena in dem Sinne, wie J. H. Böhmer und Andere diese verstanden haben, nicht gemeint ist, — nur den Sinn haben, daß es Jedem freistehen soll, nicht etwa nur zwischen diesem und jenem zugelassenen Bekenntniß zu wählen, von dem einem zum andern überzugehen, — in welchem beschränkten Umfang der westphälische Frieden Glaubensfreiheit gesichert hatte, — sondern daß Jeder sein Bekenntniß frei bestimmen, und in seinem Hause darnach ohne irgend eine Einmischung Gott verehren könne. Ob in einzelnen Staaten nicht noch ein weiteres Recht hat gewährt werden sollen, wird weiterhin besprochen werden; hier wollen wir uns begnügen, der Uebersicht und Vergleichung wegen, und um darauf Bezug nehmen zu können, die hauptsächlichsten Bestimmungen über Gewissensfreiheit und das Recht der Religionsübung aus jenen Verfassungsurkunden zusammenzustellen. Fast am ausführlichsten handelt davon, nächst der preußischen und bairischen Gesetzgebung, deren Bestimmungen über Cultfreiheit wir noch kennen lernen werden, das hannover'sche Staatsgrundgesetz von 1833. Daselbst heißt es (§. 30): Allen Landeseinwohnern gebührt völlige Glaubens- und Gewissensfreiheit. Daher ist auch Jeder zu Religionsübungen mit den Seinigen in seinem Hause

berechtigt. Die Mitglieder der evangelischen und der römisch-katholischen Kirche genießen gleiche bürgerliche und politische Rechte im Staate. Dem König gebührt das Recht, auch andere christliche Confessionen und Secten anzuerkennen. Den Anhängern solcher anerkannten christlichen Confessionen und Secten wird der Genuß der bürgerlichen Rechte und des Privatgottesdienstes gestattet. Ihre politischen Rechte hangen jeder Zeit von einem besondern Gesetz ab; zur öffentlichen Religionsübung ist die besondere Bewilligung des Königs erforderlich[105]).

Die übrigen lauten aber folgendermaßen:

Sächs. Verf.-Urk. §. 32: Jedem Landeseinwohner wird völlige Gewissensfreiheit, und in der bisherigen oder der künftig festzusetzenden Maaße Schutz in der Gottesverehrung seines Glaubens gewährt. §. 56: Nur den im Königreich aufgenommenen oder künftig mittelst besondern Gesetzes aufzunehmenden christlichen Confessionen steht die freie öffentliche Religionsübung zu.

Wirtemb. Verf.-Urk. §. 27: Jeder ohne Unterschied der Religion genießt im Königreiche ungestörte Gewissensfreiheit. — §. 70: Jeder der drei im Königreiche bestehenden christlichen Confessionen wird freie öffentliche Religionsübung zugesichert.

Churhessische Verf.-Urk. §. 30: Jedem Einwohner stehet vollkommene Freiheit des Gewissens und der Religionsübung zu. Jedoch darf die Religion nie als Vorwand gebraucht werden, um sich irgend einer Verbindlichkeit zu entziehen. §. 132: Alle im Staate anerkannten Kirchen genießen den gleichen Schutz desselben.

Badische Verf.-Urk. §. 18: Jeder Landeseinwohner genießt der ungestörten Gewissensfreiheit und in Ansehung der Art seiner Gottesverehrung des gleichen Schutzes.

Großh. hessische Verf.-Urk. Art. 21: Den anerkannten christlichen Confessionen ist freie und öffentliche Ausübung ihres Religions-Kultus gestattet[106]). §. 22: Jedem Einwohner des

---

105) Nur in der Fassung etwas abweichend ist das Landesverfassungsgesetz vom 6. Sept. 1840. II. §. 13. ff.

106) In einer Verordnung über das Volksschulwesen v. 6. Juni 1832 ist in §. 54 von dem Schulbesuch und Religionsunterrichte von

Großherzogthums wird der Genuß vollkommener Gewissensfreiheit zugesichert. Der Vorwand der Gewissensfreiheit darf jedoch nie ein Mittel werden, um sich irgend einer nach den Gesetzen obliegenden Verbindlichkeit zu entziehen.

Braunschweigische Landschaftsord. §. 29: Jedem Einwohner wird vollkommne Freiheit des Gewissens und des religiösen Glaubens, auch das öffentliche Bekenntniß in einer der im Staate jetzt gestatteten kirchlichen Gesellschaften gewahrt; Niemand darf seine Religion vorschützen, um sich irgend einer gesetzlichen Verbindlichkeit zu entziehen. Aeußere Religionsübung ist der Oberaufsicht des Staats unterworfen. — §. 211: Allen im Herzogthum anerkannten, oder durch ein Gesetz aufgenommenen christlichen Kirchen wird freie öffentliche Religionsübung zugesichert; sie genießen gleichen Schutz des Staates und ihre Angehörigen gleiche bürgerliche Rechte.

Coburgische Verf.-Urk. §. 13 und 14 stimmt mit der Großh. hessischen überein.

Meiningisches Grundges. §. 29: Die evangelische Kirche ist die Landeskirche, und sie wird, wenn ihre Dotationen in irgend einer Weise unzureichend sind, aus den Landeseinkünften unterhalten. Doch genießen auch alle andern Kirchen den Schutz des Staates und volle Gewissensfreiheit, in sofern sie sich den Gesetzen und Ordnung des Staats gemäß bezeigen. Keine vorgebliche Religionsmeinung kann von der Verbindlichkeit gegen den Staat entbinden.

Altenburgisches Grundges. §. 128: Die evangelisch-protestantische Kirche ist die Kirche des Landes. §. 129: Die Bekenner andrer christlichen Particularkirchen genießen den Schutz des Staates, und die freie Ausübung ihres Glaubens vorbehältlich der landesherrlichen Rechte. Sie haben den Anspruch auf gleiche staatsbürgerliche Rechte mit den Bekennern der

---

„den Mitgliedern besonderer Secten der christlichen Religion die Rede, welchen die Ausübung ihres Gottesdienstes im Großherzogthum gestattet ist (Menoniten, Wiedertäufer u. s. w.).“ Sollten diese etwa nicht im Sinn der Verf.-Urk., — welche ja das in anderen vorkommende „drei“ hinweggelassen hat, — zu den anerkannten christlichen Confessionen gehören?

evangelisch-protestantischen Kirche; kein Glaubensbekenntniß entbindet aber von den Pflichten gegen den Staat, oder gegen die Gemeinde des Wohnorts.

Schwarzb. Sondersh. Landesgrundges. §. 96: Niemand soll wegen seiner religiösen Meinung angefochten und in der Ausübung der öffentlichen und häuslichen Andacht gestört werden. §. 97: Die drei anerkannten Hauptparteien der christlichen Kirche genießen gleichen Schutz des Staats. §. 98: Die evangelische christliche Kirche ist die Landeskirche. Für ihre Bedürfnisse muß, wenn die Mittel der besondern Landeskirchen nicht zureichen, als allgemeine Landesmittel gesorgt werden.

In dem Nassauischen Patent von 1814 ist nur von der von dem Landesherrn gehandhabten „vollkommensten Duldung religiöser Meinungen und Uebung jedes Gottesdienstes" die Rede.

Wo aber in einer solchen Weise die „individuelle" Gewissensfreiheit, wie man sie wohl in neuerer Zeit bezeichnet hat, allen Landeseinwohnern zugesichert ist, da sind, so sehr auch die gesetzlichen und mehr zuweilen noch die factischen Zustände damit im Widerspruch stehen mögen, die Principien aller Gewissens- und Religionsfreiheit: — daß der Glaube freie That des Individuums sein und bleiben müsse, daß Niemand wegen seines Glaubens und Bekenntnisses zur Rechenschaft gezogen werden könne, deßhalb auch nicht mit Rechtsnachtheilen belegt werden sollte, daß der Staat weder befugt noch befähigt sei, den Glauben der Menschen zu bestimmen und zu beherrschen, er ihn daher frei sich gestalten lassen müsse, — bereits anerkannt; da hat die Macht der Wahrheit vielleicht ohne Wissen derer, die ihr diese Anerkennung haben zollen müssen, einen Sieg erfochten, der ihr nothwendig einen immer größern Einfluß auch auf die äußeren Lebensgestaltungen geben muß, indem ein Stehenbleiben bei einer bloßen, fast leeren Anerkennung wohl ebenso unmöglich sein möchte, als eine Rückkehr zum alten Glaubenszwang — wie ihn der westphälische Frieden selbst keineswegs rechtlich aufgehoben, sondern nur modificirt hat. Daß wir deßhalb die unmittelbar praktische Bedeutung einer Gewissensfreiheit, mit welcher blos Staatsschutz und Hausandacht verbunden ist, nicht sehr hoch anzuschlagen vermögen, bedarf nach dem, was schon oben rücksichtlich letzterer (§. 10.) bemerkt worden ist, keiner weitern Erörterung.

Die s. g. individuelle Gewissensfreiheit ohne Religionsfreiheit, oder wie wir auch sagen könnten, Glaubens- und Bekenntnißfreiheit ohne Cultusfreiheit, kommt vorzugsweise denen zu gute, welchen eine gemeinsame Gottesverehrung, ein kirchliches Leben, weniger Bedürfniß ist, oder welche keinen Anstoß daran nehmen, äußerlich einer Kirche anzugehören und zugerechnet zu werden, mit welcher sie ihrer Ueberzeugung nach zerfallen sind.

§. 13.

Man kennt daher in unseren deutschen Staaten, wie zuvor bemerkt worden, nur verbotene und zugelassene Religionsgesellschaften. Verboten ist da, wo eine Religionsgesellschaft einer besondern Genehmigung bedarf, überhaupt jede, die eine solche nicht erlangt hat; sonst würde dahin nur die zu rechnen sein, gegen welche ein ausdrückliches Verbot erlassen worden ist.

Die zugelassenen (recipirten, tolerirten im weitern Sinn dieser Worte) Religionsgesellschaften zerfallen in unseren deutschen Staaten in die öffentlich aufgenommenen (recipirten im engern Sinn) und die bloß genehmigten oder geduldeten (in eigentlicher Wortbedeutung). Die öffentlich aufgenommenen sind die Landeskirche und die, welchen mit derselben gleiche Rechte beigelegt sind. Eine solche Gleichstellung ist durch den Westphälischen Frieden in Beziehung auf das Reich, der Evangelischen, die er unter dem Namen Augsburgischer Confessionsverwandten begriff, mit der s. g. alten Religion zugesichert worden (§. 6.). Heutigen Tages sind diese Religionsparteien auch in den Bundesstaaten, und zwar durch die Bundesacte in allen Bundesstaaten in Beziehung auf den Genuß bürgerlicher und politischer Rechte, in den meisten durch die Landesgesetze, wie wir weiterhin sehen werden, auch rücksichtlich der Cultusfreiheit, gleichgesetzt worden. Nur wo das Letztere stattfindet, kann die eine Kirche neben der andern als öffentlich aufgenommen angesehen werden. Wenn aus der Nichterwähnung der Cultusfreiheit im 16. Art. der B.-A. der Schluß gezogen wird, daß es den Landesregierungen überlassen sei, den Umfang derselben, so weit sie dazu vermöge des westphälischen Friedens berechtigt gewesen, zu bestimmen, so wäre die Möglichkeit gegeben, diese auf bloße Hausandacht zu beschränken; und dann wäre die Bedeutung jenes Bundesgesetzes diese: es müssen in allen deutschen Landen Evangeli-

schen und Katholischen zwar gleiche bürgerliche und politische Rechte eingeräumt werden, aber es steht von Bundes wegen nichts im Wege, daß den einen oder den andern durch Beschränkung der Cultusfreiheit die Existenz im Lande nicht nur sehr verkümmert, ja so gut als unmöglich gemacht werden dürfe. Ist man in Oestreich doch in der That sogar bis zur wirklichen Austreibung gegangen[107])! — Zwischen einer Landeskirche und den übrigen öffentlich aufgenommenen kann indeß möglicherweise auch noch ein Unterschied in sofern insbesondere stattfinden, daß die erstere aus der Staatscasse dotirt wird. In diesem Sinn ist die evangelische Kirche in den Staatsgrundgesetzen von Sachsen-Meiningen und Altenburg als Landeskirche erklärt. Anders ist noch das Verhältniß der Hochkirche in England, neben welcher eine öffentlich aufgenommene oder besonders anerkannte nicht vorhanden ist, während alle Arten Dissenters sich zu gemeinschaftlicher Gottesverehrung vereinigen können, und jetzt auch nicht mehr vom Genuß der politischen Rechte ausgeschlossen sind.

Die Verschiedenheit zwischen öffentlich aufgenommenen und nur (ausdrücklich) zugelassenen Religionsgesellschaften, setzen nun die neuern Gesetze, die desselben besonders erwähnen, darein, daß letztere nur zur Privatreligionsübung in der angegebenen Weise berechtigt sind, und nur die Rechte von Privatgesellschaften genießen, während die erstern als (öffentliche, privilegirte) Korporationen betrachtet werden:

> Preuß. Landr. II. T. 11. §. 17: Die vom Staate ausdrücklich aufgenommenen Kirchengesellschaften haben die Rechte privilegirter Corporationen. §. 20: Eine Religionsgesellschaft, welche der Staat genehmigt, ihr aber die Rechte öffentlich aufgenommener Kirchengesellschaften nicht beigelegt hat, genießt nur die Befugniß geduldeter Gesellschaften[108]). (Tit. 6. §. 11.)

---

107) S. oben Note 62.

108) „Geduldete Gesellschaften" steht hier, wie aus der Vergleichung der Stelle, auf welche verwiesen wird, hervorgeht, für „erlaubte Privatgesellschaften." Das sind aber alle Gesellschaften oder dauernde Verbindungen mehrerer Mitglieder des Staates zu einem Zweck, der mit dem Wohl des Staates bestehen kann, und die weder an sich unzuläßig, noch aber ausdrücklich verboten sind. Solche Gesellschaften haben die innern Rechte der Corporation,

Baier. Relig.-Edict. §. 28: Die mit ausdrücklicher königlicher Genehmigung aufgenommenen Kirchengesellschaften genießen die Rechte öffentlicher Korporationen. §. 32: Eine Religionsgesellschaft, welche die Rechte öffentlich aufgenommener Kirchengesellschaften bei ihrer Genehmigung nicht erhalten hat, wird nicht als eine öffentliche Corporation, sondern als eine Privatgesellschaft geachtet.

Der Mangel der juristichen Persönlichkeit (daher auch der Fähigkeit, Eigenthum zu erwerben) und besondere Privilegien, welche den öffentlichen Kirchengesellschaften zuzukommen pflegen, sind es daher, was die neuern Gesetze als das Unterscheidende der nur genehmigten Religionsgesellschaften hervorheben. Durch die Nichtertheilung der juristischen Persönlichkeit bei der Bestätigung wird denselben der Rechtsverkehr sehr erschwert, und es können dadurch unter Umständen Vermögensverluste für die Gesellschaft herbeigeführt werden. Dadurch dürfte sich leicht ergeben, was von dieser Beschränkung zu halten sein möchte. Uebrigens dürften mit den Merkmalen, welche die angeführten Gesetze als die unterscheidenden beider Arten von Religionsgesellschaften ausdrücklich angeben, die Beschränkungen bloßer Privatreligionsgesellschaften im Verhältniß zu den öffentlich aufgenommenen kaum erschöpft sein. L. Richter [109]) scheint dieselbe gerade mehr in der Entbehrung der innern als der äußern Corporationsrechte und darein zu setzen, daß die Privatreligionsgesellschaften nicht als Theil des öffentlichen Lebens betrachtet werden. Es

---

stellen aber im Verhältniß zu Anderen keine moralische Person vor u. s. w. (§. 13. 14.) Diese Qualität kann ihnen nur durch den Staat beigelegt werden, und dadurch besonders unterscheiden sich die ausdrücklich genehmigten, privilegirten Gesellschaften (§. 22), — welchen außerdem noch manche andere Rechte bei der Genehmigung ertheilt werden können, — von jenen Privat- oder geduldeten (d. h. nur vermöge ihres erlaubten Zweckes ohne besondere staatliche Genehmigung bestehenden) Gesellschaften. — Eine „geduldete Gesellschaft" ist also nach der Sprache des Landrechts eine nicht verbotene; „eine geduldete Religionsgesellschaft," eine zwar ausdrücklich genehmigte, der aber doch gerade die Gesellschaftsrechte fehlen, welche durch die Genehmigung sonst besonders erworben werden.

109) A. L. Richters Kirchenrecht. §. 54.

käme nur darauf an, nachzuweisen, in welchen verschiedenen Verhältnissen und wie sich dieses zeigt. Practisch wichtig kann jener Mangel an einer bestimmten und vollständigen gesetzlichen Festsetzung der Unterscheidungsmerkmale indeß in unseren gegenwärtigen Verhältnissen nur da werden, wo die Aufnahmsurkunde und die sonstigen für eine bestimmte Religionspartei erlassenen Gesetze sich über einzelne Gegenstände nicht bestimmt aussprechen; da es ja der Staatsgewalt in jedem einzelnen Falle überlassen ist, die Rechte einer Religionsgesellschaft bei ihrer Zulassung zu bestimmen, wie dieß theilweise ausdrücklich in den Gesetzen hervorgehoben ist [110]), und ja schon aus der Befugniß folgt, ihr die Anerkennung gänzlich zu versagen. Schon aus dem Worte: Privat-Religionsgesellschaft können übrigens, zumal bei dem Mangel fester Rechtsbegriffe in der Lehre von Gesellschaften und Corporationen, mannigfache Beschränkungen abgeleitet werden, wie es früher bei der Deutung des »exercitium religionis privatum« geschehen ist.

§. 14.

Das Recht, den Anhängern eines Religionsbekenntnisses die Religionsübung zu gestatten oder zu untersagen, oder wie man es jetzt gewöhnlich faßt, Religionsgesellschaften zuzulassen, den Umfang ihrer Rechte zu bestimmen, sowie auch festzusetzen, in welchem Maaße die Mitglieder solcher Religionsparteien an den bürgerlichen und politischen Rechten Theil nehmen sollen, — pflegt man als ein besonderes, den deutschen Regenten zustehendes Recht zu betrachten. Dieß ist, was man jetzt mit dem Namen Reformationsrecht zu bezeichnen pflegt. Ursprünglich bezeichnete aber das jus reformandi wohl nur die Befugniß deutscher Reichsstände, die nothwendigen Verbesserungen im Kirchenwesen unter vorausgesetzter Zustimmung, ja Begehren des Volkes vorzunehmen, und somit die Reformation in ihrem Lande einzuführen, sich mit gleicher Freiheit zur neuen wie zur alten Religion zu bekennen, sie zur Landeskirche zu machen, und dieselbe, sowie die Unterthanen, die sich zu ihr bekannten, zu schützen. Es sollte durch dessen Bestätigung im West-

---

110) Bair. Edict. §. 36. Die ihnen (den Privat-Kirchengesellschaften) zustehenden weitern Rechte müssen nach dem Inhalt ihrer Aufnahmsurkunde bemessen werden.

phälischen Frieden mehr ein Recht der Landeshoheit im Verhältniß zur römischen Kirchengewalt (welche ein solches Recht natürlich nicht anerkannte) und besonders zur Reichsstaatsgewalt anerkannt, als den Fürsten eine besondere Befugniß ihren Unterthanen gegenüber zugesichert werden. Dem Schutzrecht, welches im Reformationsrecht lag, gab man aber die Deutung, daß eine widerwärtige Religion gar nicht geduldet zu werden brauchte, und daher dem Landesherrn frei stehe, diejenigen, welche nicht zur Landeskirche gehörten und nicht durch das Entscheidungsjahr gesichert waren, aus dem Lande zu vertreiben; bei der allgemeinen Unduldsamkeit handelte der Landesherr, wo er davon Gebrauch machte, meist wohl in dem Sinn seiner Unterthanen, die sich zur herrschenden Kirche bekannten. Uebrigens waren die deutschen Regenten, zumal wenn sie sich nicht selbst zur Landeskirche bekannten, in der Befugniß, daneben einen andern Cultus zu gestatten, durch den westphälischen Frieden und öfter mehr noch durch besondere Landesverträge beschränkt. Das jus reformandi war nach Maaßgabe der Zeit, in welcher es sich gebildet hatte, und der damaligen Denkungsweise, bei der Stellung und dem Einfluß, welchen die alten Landstände noch behaupteten, keineswegs ein so gewaltiges Herrscherrecht, wie das Reformationsrecht im heutigen Sinn, ungeachtet der fast überall den Landeseinwohnern zugesicherten (s. g. individuellen) Gewissensfreiheit, in Zeiten wiedererwachender religiöser Bewegung werden könnte; wobei es sich nicht etwa darum handelt, ob den Mitgliedern einer bis dahin fremden Religionspartei oder Secte Aufnahme und Religionsübung zu gestatten, sondern ob die Berechtigung der Staatsbürger gegründet sei, sich von den Landeskirchen loszusagen und zu Gemeinschaften, zum Zweck eines ihren religiösen Ueberzeugungen entsprechenden Cultus zu vereinigen [111]. Wo es hier ganz von dem freien

111) Nicht uninteressant ist es, hierüber den alten Häberlin (deutsches Staatsrecht Bd. 3. S. 444 f.) zu hören. Indem er vom Reformationsrecht handelt, unterscheidet er auch die beiden im Text gesonderten Fälle. Von den Regenten hängt es ab, sagt er, die Religionsübung zu gestatten; ist dieß aber auch dann der Fall, wenn die Bürger des Staats ihre Religionsübung ändern? „Gewöhnlich macht man hier einen Unterschied, ob nur einige wenige di

Willen und Ermessen der Landesregierung abhängt, die Bildung solcher Religionsgesellschaften zu untersagen, damit auch die Religionsübung zu verbieten und zu verhindern, kann von Gewissensfreiheit nicht wohl die Rede sein. Ausdrückliche Bestimmungen, wodurch dieselbe gesichert, der Gewalt in religiösen Dingen eine bestimmte Schranke gesetzt wird, enthält unter allen deutschen Gesetzgebungen nur das preußische Landrecht. Es geht davon aus, daß Staatsbürger sich zu (neuen) Religionsgesellschaften vereinigen können, und nimmt an, daß diesen die Genehmigung mindestens als geduldeten Gesellschaften nicht verweigert werden kann, wenn sie nachweisen, daß ihre Lehre nichts enthalte, was mit der allgemeinen Pflicht jeder Kirchengesellschaft, „ihren Mitgliedern Ehrfurcht gegen die Gottheit, Gehorsam gegen die Gesetze, Treue gegen den Staat und sittlich gute Gesinnungen gegen ihre Mitbürger einzuflößen [112])," — im Widerspruch steht. Es ergibt sich dieses: 1) aus den §. 9—11 des betreffenden Titels (II. 11) worin es heißt: „heimliche Zusammenkünfte, welche der Ordnung des Staats gefährlich werden könnten, sollen auch unter dem Vorwande des häuslichen Gottesdienstes nicht geduldet werden." W o h l a b e r k ö n n e n m e h r e r e E i n w o h n e r d e s S t a a t s u n t e r d e s s e n G e n e h m i g u n g z u R e l i-

Religion ändern, oder ob dieß der größte Theil der Nation thut. In jenem Fall gesteht man den Regenten das Recht zu, die Religionsübung zu versagen, aber nicht in diesem, weil es Pflicht des Regenten sei, sich nach dem Willen des größten Theils der Nation zu richten. Allein genau genommen ist nicht einzusehen, worauf dieser Unterschied beruht. Freilich ist so viel gewiß, daß, sobald mehrere Personen in eine öffentliche Gesellschaft treten wollen, hierzu eine Einwilligung des Regenten erforderlich ist. Allein es ist kein Verbrechen, die Religion zu ändern. Diese hängt von der Einsicht und Ueberzeugung eines Jeden ab, worüber kein Mensch, sei er wer er wolle, zu gebieten hat. Ist dieß der Fall, so darf Niemand deßhalb gekränkt werden. Der Bürger, der die Religion ändert, darf deßhalb nicht aus dem Lande gejagt werden. Darf er dieß nicht, so kann ihm auch nicht gewehrt werden, seinen Gottesdienst nach seinen Einsichten und seiner Ueberzeugung einzurichten. Was aber dem Einzelnen zusteht, kann auch Mehreren nicht bestritten werden."

112) Preuß. Landrt. II., 11. §. 13.

gionsübungen sich verbinden." „Religionsgesellschaften, welche sich zur öffentlichen Feier des Gottesdienstes verbunden haben, werden Kirchengesellschaften genannt." 2) Aus §. 21 daselbst, in welchem verordnet ist, daß „jede Kirchengesellschaft, die als solche auf die Rechte einer geduldeten Anspruch machen will, sich bei dem Staate gebührend melden und nachweisen muß, daß die von ihr gelehrten Meinungen nichts enthalten, was den Grundsätzen des §. 13 — d. i. den zuvor mitgetheilten — zuwiderläuft."

Das preußische Landrecht hat somit den Standpunkt bloßer Duldung nicht nur in Beziehung auf Bekenntniß- oder s. g. individuelle Gewissensfreiheit, sondern auch in Rücksicht auf die Freiheit der Religionsübung überschritten, da die Befugniß, sich zu Kirchengesellschaften zu vereinigen, als ein Recht der Staatsbürger anerkannt, und dem Ermessen, der Gnade der Regierung nur überlassen ist, ob einer solchen Gesellschaft die Rechte einer bloßen Privat-Kirchengesellschaft oder einer öffentlich aufgenommenen beigelegt werden sollen. Und es sind, wie wir hieraus ersehen, die Urheber des Landrechts von der wohl begründeten Ansicht ausgegangen, daß die Zulassung von Religionsgesellschaften weder von politischen Erwägungen noch von kirchlichen oder dogmatischen Rücksichten abhängig sein soll. — Es haben freilich Politiker und zwar der verschiedensten Farbe die Vortheile einer möglichsten Beschränkung alles Sectenwesens darzuthun gesucht; wogegen andere „die Duldung mehrerer Religionsparteien als das Meisterstück der Politik, als das sicherste Mittel, keine fürchten zu müssen, angepriesen haben" [113]). Die ganze Auffassungsweise ist aber eine verwerfliche [114]). Die Religion, das

113) Aretin, Staatsrecht der constitut. Monarchie Bd. 2. S. 101. Klüber, öffentliches Recht d. deutsch. Bundes §. 513 not. d. — Der erste dieser Autoren führt u. A. eine Stelle aus Benj. Constant cours de politique constitut. I. p. 532 f. an, welche beginnt: »En s'opposant à la multiplication des sectes les gouvernemens meconnaissent leurs propres interêts.«

114) Beachtenswerth ist auch die Aeußerung von Rehberg in seinen sämmtl. Schriften Bd. 1. S. 194. Es ist ein gewöhnliches Vorurtheil, daß aus der Mannigfaltigkeit des äußern Bekenntnisses Haß und Feindschaft und innere Unruhen im Staate entstehen müssen. Gesetzt es wäre, so dürfte die bürgerliche Gewalt doch immer nur diese Ausbrüche hintertreiben. Und wenn sie die Ver-

Fundament der Staaten, darf niemals als ein bloßes Mittel für denselben betrachtet und behandelt werden. So verwerflich es auch wäre, religiöse Bewegungen heraufzubeschwören oder auszubeuten zur Erreichung politischer Zwecke, so wäre es doch nicht minder verdammungswürdig, den Glauben zum Vehikel der Herrschaft machen, als ein Mittel zur besseren Behauptung der Macht über Unterthanen und Untergebene gebrauchen zu wollen. — Was aber die Beurtheilung der Zulässigkeit von Religionsgesellschaften nach irgend einem theologischen oder dogmatischen Maaßstabe betrifft, so möge man erwägen, daß zu allen Zeiten die Gewissensfreiheit am entschiedensten von Parteien in Anspruch genommmen worden ist, deren Ansichten dermalen von den herrschenden Parteien verworfen, als völlig unberechtigt erklärt worden sind.

In Zeiten religiöser Bewegung aber, in welchen die Einen mit dem herrschenden Glaubens- und Kirchensystem innerlich zerfallen sind, die Anderen den Glauben ihrer Väter freventlich verachtet wähnen; hier der Vorwurf des Ueberhebens menschlicher Vernunft, des Mangels an Demuth, der Unfähigkeit zu einer tiefern Auffassung ertönt, und von der anderen Seite mit dem der geistigen Beschränktheit, des hochmüthigen, herzlosen Glaubensstolzes, wohl gar der Heuchelei und Scheinheiligkeit erwiedert wird; in Zeiten, wo der, mit solchen und noch schlimmern Waffen geführte Streit der Ueberzeugungen, Haß und Feindschaft unter den Menschen entzündet; wo materielle Interessen sich einmischen und der Zwiespalt über die heiligsten Dinge zu andern Zwecken ausgebeutet wird; — in solchen Zeiten wird der ernst Besonnene sich eine Stellung, zwar nicht außerhalb des Kampfes der Geister, wohl aber des Streites der Parteien, so weit dieses möglich ist, zu bewahren suchen; noch mehr aber hat der Staat, im Bewußtsein seiner, wenn gleich nicht kirchlichen, aber nichts desto weniger hohen Mission, im Gefühl seiner Erhabenheit und Stärke, — welchen er in sich trägt und tragen darf, wenn er eben ein rechter Staat ist, —

---

schiedenheit des öffentlichen Glaubens und der Secten als die Quelle jener Uebel abzustellen trachtete, so stiftete sie noch ungleich mehr Unheil, als sie verhindern kann; weil sie etwas (in Absicht auf den Glauben) Unmögliches, oder (in Absicht auf die Bekenntnisse) Ungerechtes unternimmt.

sich von dem Parteinehmen und Parteistreit fern zu halten, und als Bewahrer einer Lebensordnung zu bewähren, in welcher nicht nur die materiellen Güter Schutz und Förderung finden, sondern in welcher der freien Entfaltung des Individuums möglichst Raum gegeben wird, und in welcher die geistigen Kämpfe, — das Unreine, Haltlose, Ungemessene, welches dabei zum Vorschein kommt, ausscheidend, — frei sich vollbringen können. Das wird aber nur geschehen können, wo die bestehenden Kirchen selbstständig und frei sind; Niemand durch Staatsinstitutionen und Vortheile, die damit verbunden sind, in denselben festgehalten wird; die Bildung von Religionsgesellschaften, so weit es die Erhaltung der Sittlichkeit, Ruhe und Ordnung verträgt, freigelassen ist.

§. 15.

In auffallender Abweichung von dem Preußischen Landrecht, bestimmt das Bairische Religionsedikt (§§. 26. 27.), welches mit jenem sonst oft wörtlich übereinstimmt, über die Aufnahme von Religionsgesellschaften nur, „daß es dazu einer ausdrücklichen Genehmigung des Königs bedarf, und daß Die, welche darum nachsuchen, zuvor ihre Glaubensformeln und kirchliche Verfassung dem Staatsministerium des Innern zur Prüfung vorlegen müssen;“ nach welchen Grundsätzen aber die Prüfung erfolgen soll, und ob unter gewissen Voraussetzungen und Bedingungen eine Religionsgesellschaft ein Anrecht auf Zulassung habe, ist nicht ausgesprochen. Der Angabe und Erörterung der aus den Quellen selbst entnommenen Grundsätze des bairischen Staatsrechts stellt Moy[115]) gewissermaßen als Grundprincip voran: „Der Glaube an Jesus Christus, als Gottmenschen und Erlöser, bleibt die Grundlage des gesammten gesellschaftlichen Verbandes und öffentlichen Lebens“; und er leitet aus diesem Satze ab, daß „nur die, in diesem Glauben sich begegnenden, drei vormals schon im Reiche anerkannten Kirchengesellschaften, und die, durch ein besonderes Gesetz diesen beigesellte griechische Kirche, darum (d. h. dieses ihres Glaubens willen) für sich und ihre Anhänger auf den Vollgenuß bürgerlicher und politischer Rechte Anspruch machen können.“ Die Aufnahme von Religionsgesellschaften, mögen dieselben nun auf dem

115) v. Moy, Bairisches Staatsrecht Bd. 1. S. 90.

Boden des Christenthums erwachsen sein oder nicht, wird also auch nach Moy nicht durch jenen Glauben nothwendig bedingt, so daß z. B. Arianer, Socinianer, Quäcker u. s. w. staatsgrundgesetzlich davon ausgeschlossen wären, und es also auch nicht in der Macht des Königs stünde, denselben die Aufnahme, sei es als öffentlich aufgenommene, sei es als Privat-Kirchengesellschaften zu gewähren. In der That ist dem Religionsedict und der Verfassungsurkunde eine solche Beschränkung des s. g. Reformationsrechtes fremd. Aber auch, daß solchen Religionsparteien nicht der Vollgenuß auch der politischen Rechte gewährt werden dürfe, läßt sich aus der Verfassungsurkunde nicht ableiten. In derselben ist nämlich nur festgesetzt, daß „die im Königreich bestehenden drei christlichen Kirchengesellschaften gleiche bürgerliche und politische Rechte genießen; die nichtchristlichen Glaubensgenossen aber nur in dem Maße Antheil an den staatsbürgerlichen Rechten erhalten sollen, wie er ihnen in den organischen Edicten über ihre Aufnahme zugesichert ist"[116]). Daraus folgt aber nur, daß die nichtchristlichen Glaubensgenossen keinen Anspruch auf Gleichberechtigung mit den drei christlichen Glaubensparteien haben, welchen der Vollgenuß der bürgerlichen und politischen Rechte durch die Bundesacte zugesichert ist, keineswegs aber, daß ihnen die vollkommenen staatsbürgerlichen Rechte nicht besonders beigelegt werden könnten. Dasselbe muß um so mehr von anderen christlichen Glaubensparteien gelten.

Die Abweichung des Bairischen Edictes von dem Preußischen Landrechte ist aber um so beachtenswerther, als sie in dem älteren Edict vom 24. März 1809, wovon das erwähnte eine neue Umarbeitung, noch keineswegs in dieser Weise stattgefunden hat. Daselbst heißt es nämlich (Cap. 1. §. 2): „Die Religionseinschaft an und für sich schließt Niemand, weder von dem Genuß der bürgerlichen Privatrechte, noch von dem Staatsbürgerrecht aus." (§. 3) „Glaubensgenossen, welche in Rücksicht auf ihre Religionsgrundsätze gewissen bürgerlichen Verbindlichkeiten sich entziehen, und in Beziehung auf dieselben eine Befreiung davon erhalten haben, können auf die Theilnahme an den in §. 2 enthaltenen Rechten nur in dem Maße Ansprüche machen, wie dieselben in den organischen Gesetzen über ihre Aufnahme in der Staatsgesellschaft bestimmt sind.

116) Baier. Verf.-Urk. Tit. IV. §. 9.

Daraus ergibt sich nämlich, daß der Staat bei Zulassung von Religionsgesellschaften, bei Bestimmung der Rechte derselben, sein Augenmerk nicht auf den eigentlichen Glaubensinhalt der Religionslehre, sondern darauf richten sollte, ob dieselbe der Erfüllung der staatsbürgerlichen Pflichten, dem Gehorsam gegen die Staatsgesetze mehr oder weniger widerstreite oder nicht. Diese §§. sind aber nun in dem Edict von 1818 weggelassen worden. Man hat also die ihnen zu Grunde liegenden Principien nicht ausdrücklich anerkennen wollen, ohne doch ein anderes Princip an deren Stelle zu setzen. Es liegt in diesem Weglassen ein stillschweigender, verdeckter Rückschritt von den bereits anerkannt gewesenen Grundsätzen der Gewissensfreiheit.

Aus den Hannöver'schen Verfassungsgesetzen von 1833 und 1840, der Sächsischen Verfassungsurkunde, der Braunschweigischen Landschaftsordnung ergibt es sich, daß zur Einführung eines neuen Cultus eine staatliche Genehmigung, Aufnahme der Religionspartei als Religionsgesellschaft, erforderlich ist. Nach den letzteren beiden kann die Aufnahme nur durch ein Gesetz, also unter Zustimmung der Landstände, erfolgen; in Hannover hängt sie lediglich vom König ab, doch ist zur Festsetzung der politischen Rechte solcher neu aufgenommenen Glaubensgenossen, ebenfalls ein Gesetz erforderlich. Nach welchen Grundsätzen und Rücksichten über die Zulassung einer Religionspartei entschieden werden soll, ist aber auch in jenen Gesetzen weder bestimmt noch angedeutet. Die übrigen Staatsgrundgesetze schweigen über den vorliegenden Gegenstand gänzlich; großentheils setzen sie nur fest, 1) daß jeder Einwohner volle oder ungestörte Gewissensfreiheit, 2) die drei christlichen Hauptconfessionen aber, — welchen die Bundesacte Gleichheit der bürgerlichen und politischen Rechte zugesichert hat — freie öffentliche Religionsübung (exercitium religionis publicum) genießen sollen. Einige (nämlich das Sächsische, Großherz. Hessische, Braunschweigische, Coburgische und Altenburgische) haben dieses auf alle anerkannten, oder durch ein Gesetz aufgenommenen christlichen Kirchen oder Confessionen ausgedehnt [117]). Mit den Worten, daß

117) Doch möchte man zuweilen zweifelhaft darüber werden, ob nicht „freie, öffentliche Religionsübung" nur einen Gegensatz gegen den Hausgottesdienst bezeichnen sollte, so daß das exercit. rel. publ et priv. darunter begriffen wäre.

alle diese Kirchen den gleichen Schutz des Staates genießen sollen, die sich in einigen Constitutionen finden, scheint ausgedrückt werden zu sollen, daß ihnen das Recht öffentlich aufgenommener Kirchengesellschaften zustehen soll, woraus sich auch, wenn es nicht noch besonders hervorgehoben ist, die Berechtigung zur freien, öffentlichen Religionsübung ergibt. — Die in allen Verfassungsurkunden wiederholte Zusicherung der Gewissensfreiheit hat man aber nun oftmals dahin verstehen wollen, als sei es dadurch nun allen Landeseinwohnern gestattet, sich zu gemeinschaftlicher Religionsübung ihren religiösen Ansichten gemäß zu verbinden; mit andern Worten, als sei in jener Gewissensfreiheit auch die Cultusfreiheit mitbegriffen. So scheint auch R. Mohl den §. 27 der Wirtemb. V.-U. verstanden zu haben[118]), indem er daraus folgert, daß Niemand bloß deßwegen, weil er sich zu einer bestimmten, vom Staate nicht anerkannten oder nicht gerne gesehenen Kirche bekennt, mit irgend einem positiven Nachtheile belegt werden kann; daß Jeder, fremd oder einheimisch, allein oder mit Glaubensgenossen, seine Religion ausüben, die Gebräuche derselben beobachten darf; und weder der Staat noch ein Private das Recht hat, ihn zu einer bestimmten Secte, zur Theilnahme an gewissen Ceremonien, oder zur Unterlassung von andern zu zwingen[119]). Allein da nach den ausdrücklichen Bestimmungen des Preußischen und Bairischen Rechts, wie des Hannover'schen Staatsgrundgesetzes aus der Gewissensfreiheit nur ein Recht auf (einfache) Hausandacht folgt, und da nach diesen und noch andern Verfassungsgesetzen eine besondere Genehmigung zu jeder Religionsübung, welche die Grenzen der Hausandacht über-

---

118) R. Mohl, Staatsrecht des Königr. Wirtemberg §. 74. (I. S. 373 zweite Aufl.)

119) In einer Note (4) bemerkt Mohl jedoch, daß eine allgemeine und vollständige Gewissensfreiheit nur stattfinde, wo der Staat sich gar nicht um das religiöse Bekenntniß seiner Bürger kümmert, gar keine Rechte von der Theilnahme oder Nichttheilnahme an einer bestimmten Kirche abhängig macht; eine zwar allgemeine aber beschränkte Gewissensfreiheit sei es aber, wenn freilich der Staat den Eintritt an eine bestimmte Kirche nicht zwangsweise verlangt, oder das Bekenntniß zu einer andern geradezu und unbedingt verbietet, jedoch bürgerliche Vortheile mit der einen, die Entziehung derselben mit der andern verbindet.

schreitet, erforderlich ist, so ist es wenig wahrscheinlich, daß die übrigen Verfassungsgesetze die Gewissensfreiheit anders als in dieser, durch den westphälischen Frieden veranlaßten [120]), beschränkten Bedeutung möchten genommen haben. Das Reformationsrecht in der Bedeutung, die man ihm später gegeben, sollte erhalten bleiben. Auch würde eine solche Gewissensfreiheit ein freieres Associationsrecht voraussetzen, als es in vielen unserer deutschen Staaten besteht; daher denn auch Manche den Grundsatz: daß jede Religionsgesellschaft einer Genehmigung bedarf, nicht sowohl aus dem Reformationsrecht ableiten wollen, sondern daraus, — was gemeinrechtlich aber wohl schwerlich nachzuweisen ist — daß überhaupt Gesellschaften zu dauernden Zwecken (also mit dem Charakter der Genossenschaftlichkeit, wenn auch ohne eigentliche Corporationsrechte) nicht ohne Erlaubniß errichtet werden dürfen.

§. 16.

Einige deutsche Staatsgrundgesetze weichen in der Fassung der, von der Gewissensfreiheit handelnden Artikel sehr von den übrigen ab. Es sind dieses das Badische und Churhessische. Im §. 18 des ersteren heißt es: „Jeder Landeseinwohner genießt der ungestörten Gewissensfreiheit, und in Ansehung der Art seiner Gottesverehrung des gleichen Schutzes." Man könnte dieß nun so verstehen, daß einem Jeden der Staatsschutz verheißen wird, je nachdem der Religionspartei, zu welcher er sich bekennt, nur Hausandacht, Privat- oder öffentlicher Gottesdienst gestattet ist; wie es in der sächsischen Verfassungsurkunde (§. 32) heißt: „Jedem Landeseinwohner wird völlige Gewissensfreiheit, und in dem bisherigen oder künftig festzusetzenden Maße Schutz in der Gottesverehrung seines Glaubens gesichert." Zur Rechtfertigung dieser Erklärung könnte man sich auch darauf berufen, daß nach dem noch

---

120) Der westphäl. Friede sagt nur, daß Hausandacht das Mindeste sei, was vermöge der Gewissensfreiheit gewährt werden müsse; erst in neuerer Zeit hat man die Sache so darzustellen gesucht: als verstehe sich die Beschränkung auf Hausandacht von selbst; als sei diese Beschränkung wesentliches Merkmal der Gewissensfreiheit, und das, wodurch diese sich von der Religions- (Cult-) Freiheit unterscheide; zwei solche verschiedene Rechte kannte man nicht.

geltenden Edict, die kirchliche Staatsverfassung betreffend, vom 14. Mai 1807, sehr bestimmt zwischen aufgenommenen und geduldeten Kirchen unterschieden wurde, und es gänzlich von dem Landesherrn abhing, gemeinschaftliche Religionsübung zu gestatten, und den Umfang der Rechte einer jeden Religionspartei zu bestimmen. Der §. 7 desselben bestimmt nämlich:

„Nicht jede Kirche, das heißt Sammlung von Menschen unter eine eigene, für die Religionsübung bestimmte gesellschaftliche Verbindung, genießt kirchliches Staatsbürgerrecht, d. h. die Befugniß zu verlangen, daß sie als Religionsgesellschaft im Lande anerkannt werde, und für ihre Kircheneinrichtungen Staatsschutz genieße; sondern die evangelische, lutherische und reformirten Theils, und die katholische sind allein aufgenommen, und die jüdische ist constitutionsmäßig geduldet. Jeder andern Kirche kann zwar durch das Ermessen des Regenten, wenn eine hinlängliche Anzahl ihrer Bekenner vorhanden ist, oder einwandern will, eine solche Duldung verwilligt werden, wobei der Religionscharakter der schon vorhandenen Orte nicht gegen den Willen der Mehrheit der alten Ortsbewohner verändert wird; aber eine solche besondere Duldungsverwilligung versteht sich, auch wenn es nicht ausgedrückt wäre, mit Vorbehalt zeitiger Aufkündigung, auf den Fall daß in der Folge deren Aufnahme dem Regenten nicht mehr gefiele, und sie gibt nur diejenigen kirchlichen Vorrechte und Freiheiten, die namentlich in der Bewilligungsurkunde ausgedrückt sind. Für zeitig gilt jene Aufkündigung, die zur Auswanderung ein Jahr, und zum Verkauf der Besitzungen im Lande drei Jahre Frist gibt“ [121]).

---

121) In keinem uns bekannten Gesetze ist die Ausübung des s. g. Reformationsrechts so bestimmt und ausdrücklich in das bon plaisir des Regenten, sein „Gefallen“, „Belieben“ gesetzt. In §. 3 heißt es auch: ob aber der Privatgottesdienst bis zu einem öffentlichen erweitert werden solle, hängt von dem Belieben des jeweiligen Regenten ab. In keinem ist uns eine solche Duldung auf Kündigung begegnet, ohne daß deßhalb behauptet werden soll, daß sie nirgend sonst vorkommt. Aber nicht zu billigen möchte es sein, wenn Zöpfl, Grundsätze des Staatsrechts, 3. Aufl. §. 224 allgemein lehrt: die Zulassung der Religionsgesellschaften kann auf

Aber der angeführte §. der Verfassungsurkunde läßt sich auch dahin verstehen: wie jedem Landeseinwohner ungestörte Gewissensfreiheit, d. h. insbesondere Bekenntnißfreiheit gewährt ist, so steht es ihm auch frei, nach der seiner Religion angemessenen Weise Gott zu verehren. Von einer Beschränkung auf bloße Hausandacht ist keine Rede. Eine eigentliche Gottesverehrung (cultus) setzt Gemeinschaft mit Andern voraus, und demnach wäre auch ein religiöses Associationsrecht in der badischen Verfassungsurkunde anerkannt, und dem §. 7, aus welchem sich selbst das jetzt exorbitante Recht ableiten läßt, selbst unter Umständen eingeborene wie aufgenommene Landeseinwohner zur Auswanderung zu nöthigen, derogirt worden. Für diese Auslegung spräche in jedem Fall die Vergleichung mit der angeführten Stelle der Sächsischen Verfassungsurkunde, worin einem Jedem nur Schutz in der Gottesverehrung seines Glaubens („der Art seiner Gottesverehrung") in einem jedesmal festgesetzten Maße zugesagt ist, während das badische Gesetz jeder Gottesverehrung gleichen, nicht erst besonders zu bestimmenden Staatsschutz verheißt. Dazu kommt noch, daß der §. 7 der Badischen Verfassungsurkunde dem 5. Art. der französischen Charte von 1814 (dem 7. in der von 1830) nachgebildet zu sein scheint, welcher lautet: Chacun professe sa religion avec une égale liberté et obtient pour son culte la même protection.

Man hat freilich später in Frankreich diesen Artikel der Charte, welchen man seinem Wortlaute nach wohl kaum anders,

---

eine zweifache Weise geschehen, entweder durch ein förmliches Staatsgesetz (receptio), oder durch einfache Bewilligung des Landesherrn (s. g. Toleranz); der Unterschied zwischen beiden Arten der Zulassung liegt darin, daß im erstern Falle im Zweifel die Aufnahme als unwiderruflich, im letzteren als widerruflich (precario) erscheint. In der Regel nämlich hängt die Reception, so wie die bloße Aufnahme oder Toleranz-Ertheilung lediglich von dem Landesherren allein ab; dagegen aber kann es durchaus nicht als gemeinrechtlicher Grundsatz angesehen werden, daß letztere als widerruflich betrachtet werden müsse. Die ältern Juristen lehrten zwar, daß die Toleranz nur ein widerrufliches oder vielmehr gar kein eigentliches Recht gewähre, weil sie nämlich unter Duldung eine Zulassung durch bloßes Ignoriren, ohne irgend einen Aufnahmeact, verstanden. S. oben Note 104.

als eine Verheißung allgemeiner Bekenntniß- und Cultfreiheit verstehen kann, dahin erklärt: daß dadurch der Art. 291 des Code pénal nicht unanwendbar geworden sei, wornach jede Gesellschaft über 20 Personen, welche sich regelmäßig versammelt, sich nicht ohne Genehmigung der Regierung, und nur nach den ihr auferlegten Bedingungen bilden darf; und 2) daß er sich überhaupt nur auf die bereits im Staate zugelassenen Culte beziehe. Es hat diese Erklärung durch die Entscheidung der Gerichte, durch die Mehrheit der Kammern den Sieg über die freie Auslegung desselben davongetragen [122]).

Die Zulassung neuer Culte ist mithin in Frankreich ganz und unbeschränkt in den Händen des Gouvernements, d. h. des Königs und der Kammern, denn ein dem erstern, gleichsam als Prärogative der Krone, zustehendes Reformationsrecht gibt es nicht. Allen Franzosen ist freilich, ohne Rücksicht auf den Glauben, der Vollgenuß der politischen Rechte (unter Voraussetzung der übrigen erforderlichen Bedingungen) zugesichert. Aber was will eine solche Zusicherung ohne Religionsfreiheit bedeuten? Die religious liberty der Engländer ist aber den Franzosen nach ihrer Staatspraxis fremd [123]), und wie es scheint, fehlt ihnen noch selbst der Sinn dafür. Man protestirt dabei: daß es ferne liege, sich in die Glaubensangelegenheiten der Staatsbürger einmischen zu wollen, sondern daß nur die Ueberwachung der öffentlichen Sicherheit dabei das leitende Princip sei; allein es fehlt an jeder gesetzlich sichernden Norm. Daß die öffentliche Sicherheit in Frankreich besondere Sorgfalt fordert, ist bekannt genug; und unbestreitbar ist es, daß die Religion, und vorgeblich religiöse Versammlung zu unerlaubten Zwecken mißbraucht werden können, — was besonders von den Rednern, welche gegen die Cultfreiheit sprachen, geltend gemacht worden ist [124]); —

122) Es ergibt sich dieses aus einer Reihe von Urtheilssprüchen, welche seit der Juli-Revolution erlassen worden sind, so wie aus Verhandlungen in der Deputirten-Kammer vom 28. April 1815, welche Linde seiner angef. Schrift: Staatskirche u. s. w. S. 168 aus Sirey, Arrets und dem Journal des debats beigefügt hat.

123) Wie konnte Zöpfl, Staatsrecht (§. 220 Note 5) sagen: in der vollständigsten praktischen Geltung findet sich das System der Religionsfreiheit in Nordamerika und Frankreich?

124) Cremieux ein Jude, und Gasparin ein Protestant, sind es

allein nicht weniger gewiß ist, daß Unduldsamkeit und andere Absichten und Zwecke jetzt den freisten Spielraum haben, sich unter den Deckmantel polizeilicher Besorgniß verbergen zu können.

Die Hessische Verfassungsurkunde hat (§. 30) allen Einwohnern vollkommene Freiheit des Gewissens und der Religionsübung zugesichert. Es haben die Wiedertäufer und die Christkatholiken sich darauf berufen. Man hat dagegen eingewendet und geltend gemacht: es könne dieses nur von der Hausandacht verstanden werden. Daß für diese Erklärung die Vermuthung streiten würde, wenn nur von Gewissensfreiheit die Rede wäre, ist zuvor bemerkt worden. Die Hausandacht wird aber als ein nothwendiger Bestandtheil der (individuellen) Gewissensfreiheit betrachtet; die Worte „vollkommene Freiheit der Religionsübung" würden daher ganz müßig sein, wenn nichts Anders damit hätte bezeichnet werden sollen; „Freiheit — und vollends vollkommene Freiheit — der Religionsübung" wäre für (einfache) Hausandacht ein eben so ungewöhnlicher als unpassender Ausdruck; die ganze Fassung des §. unterscheidet sich so sehr von den entsprechenden §§. in andern Landesgrundgesetzen [125]), daß wohl schwerlich eine Interpretation, wie sie selbst von Hessischen Gerichten geltend gemacht ist, zulässig sein möchte [126]). Besonders hat man gemeint, jene beschränkende Erklärung des §. 30 durch Herbeiziehung des §. 132 unterstützen, oder gar außer Zweifel stellen zu können. Aus den Worten: „Alle im Staate anerkannten Kirchen genießen gleichen Schutz desselben", hat man nämlich gefolgert, daß alle Religionsgesellschaften ausdrücklich anerkannt sein müssen, das Hessische Staatsrecht keine andere kenne. Aber Niemand wird behaupten wollen, daß unter den „anerkannten Kirchen", von welchen im §. 132 die Rede ist, auch die Juden mitbegriffen sind, welche doch Freiheit der Religionsübung, und dafür den Schutz d

---

unter den französischen Deputirten vorzüglich, welche der frei[en] Auslegung des Art. 7 der Charte und der Cultfreiheit das W[ort] geredet haben.

125) Z. B. Baier. Verf.-Urk. IV. §. 9.

126) Ein solches obergerichtliches Erkenntniß in Sachen der Taufg[e]sinnten ist abgedruckt bei Richter, der Staat und die Deuts[ch]katholiken S. 18.

Staates genießen, freilich nicht den gleichen Schutz, d. i. so viel als gleiche Berechtigung, gleiche Vorzüge mit den (ausdrücklich) anerkannten, was offenbar so viel heißen soll als, öffentlich aufgenommenen (christlichen) Kirchen. Dieß ergibt sich schon daraus, daß in dem ganzen zehnten Abschnitt der Verf.-Urk., welcher mit dem §. 132 beginnt, nur von den evangelischen Glaubensparteien (Lutheranern und Reformirten) und der katholischen Kirche die Rede ist. (In dem Schwarzburg-Sonderhausischen LGG. §. 97 heißt es in ähnlicher Weise: „die drei anerkannten Hauptparteien der christlichen Kirche genießen gleichen Schutz des Staats.") In §. 30 der Hess. V.-U. ist jedoch den Hessischen Landeseinwohnern das Recht zugesichert, sich zur gemeinschaftlichen Gottesverehrung vereinigen zu dürfen. Ein solcher, ohne besondere Genehmigung errichteter Verein, ist dann freilich nur als eine Privat-, als eine s. g. geduldete Religionsgesellschaft anzusehen, bis ihr besondere Anerkennung zu Theil geworden ist; dabei ist jedoch zu beachten, daß die Hessische Verfassung nicht, wie einige andere, den Vollgenuß der politischen Rechte auf die drei Hauptconfessionen beschränkt, sondern vielmehr im §. 29 bestimmt: „daß die Verschiedenheit des christlichen Glaubensbekenntnisses auf den Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte keinen Einfluß habe."

Man hat zwar ein solches freies Associationsrecht, zum Zweck gemeinsamer Gottesverehrung, nicht nur als unverträglich mit einer guten Staatsordnung, sondern selbst als eine Art Absurdität darstellen wollen, allein ohne zu bedenken, daß, um Nordamerika's nicht zu erwähnen, es in England besteht; ohne zu erwägen, daß, wenn der Staat auch nicht zuvor seine Genehmigung zu ertheilen hat, ihm überall auch die Rechte gegen Religionsgesellschaften, wie in Beziehung auf alle andern Vereine, die unerlaubte Zwecke verfolgen würden, ungekränkt verbleiben.

§. 17.

Wenn wir nun übersichtlich den Stand unserer Gesetzgebung über Gewissens- und Religionsfreiheit zusammenfassen, so ergibt sich Folgendes:

1) Allgemein — etwa Oestreich ausgenommen — gilt der Grundsatz, daß jeder Landeseinwohner der s. g. individuellen Ge-

wissensfreiheit genießt. Jedoch ist hier noch zu bemerken, daß auch dieses Recht nicht ganz unbeschränkt ist. Die Gewissensfreiheit enthält namentlich das Recht, von einer Religion zur andern überzutreten. Abgesehen nun von den bürgerlichen oder politischen Rechtsnachtheilen, und dadurch selbst materiellen Verlusten, welche mit einem solchen Uebertritt verbunden sein können, so gibt es Secten oder Religionsparteien, welchen die Annahme neuer, von einer andern Glaubensgemeinschaft übertretender Mitglieder untersagt ist, oder zu welchen der Uebertritt geradezu verboten ist. Dieses letztere ist namentlich rücksichtlich des Uebergangs zum Judenthum der Fall [125]). Mit Recht bemerkt Rosshirt, daß, wiewohl ein solcher

---

125) So ist z. B. in Preußen in der K.-O. v. 16. Mai 1830 „über die Rechtsverhältnisse der Mennonisten in den westlichen Provinzen und Brandenburg", welche zugleich nach §. 6 auch auf die Quäker oder Separatisten anwendbar ist, bestimmt (§. 7): „daß die Ansiedlung und Aufnahme neuer Mitglieder nicht erlaubt sei." H. Simon in seinem Preußischen Staatsrecht Bd. 1. S. 51[?] bemerkt, daß sich dieses nur auf den Anzug aus dem Auslande beziehe, denn der Uebertritt der Inländer zu den Mennoniten sei in andern Provinzen nicht verboten; schon in dem — unter der Herrschaft des s. g. Religionsedictes — erlassenen Edict vom 30. Juli 1789 heiße es §. 10: Nach den Grundsätzen der Toleranz soll zwar jedem Unserer Unterthanen der Uebertritt zum Mennonisten-Glauben unverwehrt bleiben u. s. w. Auch werde es mit jenem Verbot des Anzuges nicht einmal so strenge gehalten, denn im J. 1833 sei unterm 8. Juni ein Rescript der Minister des Krieges und des Innern an die Regierung zu Coblenz „die Militärdienste der aus angränzenden Staaten herüberziehenden Mennoniten, betreffend" (Simon a. a. O. S. 512) erlassen. In einem andern Ministerialrescript (der Ministerien der geistlichen u. s. w. Angelegenheiten und des Innern) v. 31. Mai 1835 an die Regierung zu Düsseldorf (Simon S. 51[?]) ist ausgesprochen, daß da nach der K.-O. v. 16. Mai 1830 die Aufnahme neuer Mitglieder der Quäkergemeinden nicht stattfinden soll, es auch nicht gestattet, vielmehr verboten sei, daß Mitglieder anderer Confessionen, die schon im Preußischen Staate wohnen, ohne specielle Allerh. Autorisation als Quäcker aufgenommen werden." Es darf indeß nicht unbeachtet bleiben, daß die gan[z]

Uebertritt nach den Grundsätzen des gemeinen Strafrechts als Apostasie anzusehen sei, Kirche und Staat in unsern Tagen besser thun, — wie es gewöhnlich geschieht, — einen solchen, ohnedieß außerordentlichen Fall, wie unbemerkt zu behandeln [126]). Doch ist in Preußen noch durch königliche Entschließung vom 19. Nov. 1814 und 17. Dec. 1818 ausgesprochen worden, daß der Uebertritt von der christlichen Religion zum Judenthum nicht zu gestatten sei. Die Folge eines solchen Uebertrittes würde nach Hefftер's Ansicht, — da eine Strafe nicht ausgesprochen ist, und directe Zwangsmaßregeln, als mit der religiösen Freiheit unverträglich, nicht angewendet werden können, — Verlust des Indigenats sein; denn da nur die im J. 1812 im Lande wohnenden, mit Privilegien und Concessionen versehenen Juden als Inländer zu erachten sind, so würde ein solcher zum Judenthum neu Uebergetretener, als ein Fremder zu behandeln sein, und daher genöthigt werden können, das Land zu räumen [127]). — Und wo ist seine Heimath? Die Betrachtungen können wir wohl den Lesern überlassen.

2) Die Zulassung neuer Religionsgesellschaften, und somit die Möglichkeit der Religionsübung, hängt fast in allen deutschen Staaten von dem Regenten ab. Dabei fehlt es, außer in Preußen, gänzlich an gesetzlichen, oder überhaupt allgemein anerkannten Grundsätzen, wornach über die Zulässigkeit von Religionsgesellschaften entschieden werden soll; daher der jedesmaligen Ansicht des Regenten und seiner Umgebung der freieste Spielraum gegeben ist, so daß möglicher Weise eine und dieselbe Religionspartei, in einem deutschen Lande begünstigt, in einem andern so viel als möglich niedergehalten wird, und daß in demselben Lande mit dem Wechsel des Regenten, auch die Behandlung gewisser Bekenntnisse sich gänzlich ändert. Eben so ist es den Regierungen überlassen, einer Religionsgesellschaft nur die Rechte einer s. g. geduldeten zu ertheilen,

---

Gesetzgebung in Betreff der Mennoniten und Quäker von dem Gesichtspunkt ausgeht, daß diese Secten sich der Erfüllung der allgemeinen Bürgerpflichten entziehen: daher auch die Mennoniten, welche Kriegsdienste leisten, volle Staatsbürgerrechte genießen.

126) Roshirt, System und Gesch. des deutschen Strafrechts Bd. 3. S. 138.

127) Heffter im Archiv des Criminalrechts 1836. S. 470.

oder sie den öffentlich aufgenommenen gleichzusetzen. Blos in ein paar Verfassungsurkunden ist bestimmt, daß Letzteres nur durch ein Gesetz, also unter Mitwirkung der Landstände, soll geschehen können. Aber selbst in Preußen ist nicht bestimmt, nach welchen Rücksichten hierbei verfahren werden soll. Mißlicher wird dieß noch dadurch, daß, wenn gleich einzelne Gesetze einzelne Merkmale angeben, doch keineswegs die Rechte einer s. g. Privatreligionsgesellschaft, oder auch nur die Merkmale des Privatgottesdiensts gehörig feststehen; daher bald die Befugnisse einer nur zugelassenen Religionsgesellschaft sehr enge begrenzt, bald ihr fast alle Rechte der öffentlich aufgenommenen beigelegt, und dadurch eigentlich die in den Gesetzen gemachten Kategorien wieder beseitigt werden [128]).

3) Was die bürgerlichen und politischen Rechte betrifft, so ist der Vollgenuß derselben in mehreren Staaten in Uebereinstimmung mit dem 16. Art. d. B.-A. nur den (drei) früher im Reiche recipirten Glaubensparteien zugesichert. Die Gleichstellung anderer Religionsparteien würde daher, insofern darin eine Aenderung der Verfassung (durch Erweiterung des Kreises der politisch Berechtigten) liegt, in der Regel nur unter Mitwirkung (Zustimmung, Beirath) der Landstände geschehen können; doch nur in den Hannöver'schen Grundgesetzen ist ausdrücklich ausgesprochen, daß dazu ein besonderes Gesetz erforderlich ist, während der König allein andere christliche Religionsparteien aufnehmen, ihnen selbst das Recht des öffentlichen Gottesdienstes gewähren kann. Der Austritt aus diesen privilegirten Kirchen würde mithin den Verlust politischer Rechte und der öffent-

128) So sind den (Alt-) Lutheranern in Preußen, nachdem ihr Schicksal lange zweifelhaft geblieben war, durch die Generalconcession vom 23. Juli 1845 Rechte beigelegt, die sonst nur den öffentlich aufgenommenen zukommen, ohne daß sie doch diesen völlig gleichgesetzt sind. (S. Huschke, über den Sinn der Generalconcession u. s. w., Liegnitz, 1846.) In Nassau scheint man gegen dieselben ein ähnliches Verfahren beobachten zu wollen, wie in Churhessen gegen die Taufgesinnten und Christkatholiken. In Wirtemberg sind den separatistischen Gemeinden Kornthal und Wilhelmsdorf noch ganz besondere Vorrechte eingeräumt. S. Mohl, Wirtemb. Staatsrecht §. 219. u. Reyscher, Wirtemb. Privatrecht §. 173. 2. Aufl.

lichen Aemter zur Folge haben. Einige andere Verfassungen legen jene Vollberechtigung allen im Staate anerkannten christlichen Confessionen bei, also auch denen, welchen nur Privatgottesdienst gestattet ist; die Nichtanerkennung, die Nichtzulassung als Religionsgesellschaft würde also auch eine Versagung der politischen Rechte enthalten, und den Umfang der bürgerlichen selbst in Zweifel stellen. Als eine dritte Classe von Verfassungsurkunden sind in dieser Hinsicht diejenigen zu betrachten, welche ganz allgemein nur christliche Religion ohne Unterschied der Confession erfordern. In diesen Ländern würden auch solche Secten, denen eine gemeinschaftliche Religionsübung im Lande nicht gestattet ist, von Ausübung der politischen Rechte nicht ausgeschlossen werden können, so fern ihr Bekenntniß ein christliches ist. Wie soll aber entschieden werden, wenn dieß bestritten, von den Betheiligten aber behauptet wird? Und wer soll hier entscheiden?

§. 18.

Wie weit Gewissens- und Religionsfreiheit im Allgemeinen in unseren deutschen Staaten rechtlich besteht und gesichert ist, dürfte sich aus dem Bisherigen ergeben haben. Welche Schritte zu einer vollkommenen Herstellung derselben zu thun sein möchten, dürfte aber sich besser ermessen lassen, wenn wir uns über die Grenzen der Gewissensfreiheit verständigt haben. Wir haben die Gewissensfreiheit bisher aus dem Standpunkt der individuellen Freiheit betrachtet, ohne es darum zu verkennen, daß keine Freiheit des Einzelnen im Staate, in welchem die Menschen erst zur (wahren) Freiheit heranreifen sollen, in welchem die geordnete Freiheit, das Recht, seinen Schutz findet, — eine völlig unbeschränkte sein kann. Es mußte jener Standpunkt eingenommen werden, weil bis jetzt die Rechtsverfassung unserer Staaten den Religionszwang zu ihrer geschichtlichen Grundlage hat, und ungeachtet der allmähligen Milderung desselben, der Abweichungen, wozu die Zeit hingedrängt hat, das Recht des Individuums bisher noch nicht anerkannt oder in dem Umfang, wie es sollte und könnte, zur Geltung gekommen ist. Dann aber vorzüglich, weil unter allen Rechten und Freiheiten die Gewissensfreiheit am wenigsten Beschränkung duldet, daher die Anforderung an den Staat ergeht, ihr das möglichst weite Gebiet zu lassen oder zu öffnen. In diesem Satz ist zugleich ausgesprochen,

daß die Gewissensfreiheit innerhalb des Staats und seiner Ordnung, und zwar als ein wesentlicher Theil von dieser selbst bestehen soll. Was aber die Begrenzung der Gewissensfreiheit im Staate betrifft, so kann dieselbe

1) niemals so weit gehen, daß eine Religionsgesellschaft dadurch Berechtigung erhielte, dem Staate feindlich gegenüber zu treten, sei es durch ihre Lehren, sei es durch eine, der Verfassung und den Rechten des Staates feindlich gesinnte Hierarchie. Dem Staate wird hier nicht das Recht abgesprochen werden können, seine Sicherheit zu wahren; es sei gegen erst neu zu bildende oder gebildete, oder längst schon bestehende Religionsgesellschaften. Es wird dieses Recht auch geltend gemacht werden können, wo die Religionsfreiheit in unbeschränktester Weise herrscht. Niemand wird es wohl bezweifeln, daß, wenn z. B. in Nordamerika bei einer Religionsgesellschaft, etwa aus religiösem Fanatismus, offenbare Bestrebungen, nicht Einzelner sondern als Tendenz der Gesellschaft, sich hervorthun sollten, die sociale und staatliche Ordnung, die Verfassung des Landes zu vernichten, sichernde Vorkehrungen getroffen, Maßregeln zur Abwendung der Gesetze ergriffen werden könnten. Daß man dergleichen nicht fürchtet, nicht eine genaue Ueberwachung aller Religionsgesellschaften, eine genaue Prüfung ihrer Lehren nothwendig hält zum Bestande des Staates, sondern es darauf ankommen läßt, ob eine Gefahr hervortritt, bei welcher die allgemeinen Strafgesetze gegen Einzelne nicht genügen würden, — ist Grundlage und Schutzwehr der Freiheit. Daß aber da, wo solche Freiheit besteht, und zumal wo sie bereits länger bestanden hat, Nöthigung zur Beschränkung derselben so selten hervortritt, ist die glänzendste Rechtfertigung derselben und der Segen, der von ihr ausgeht.

2) Dem Anspruch und Recht des Einzelnen auf Gewissensfreiheit, kann man aber auch den Satz entgegenstellen, daß der Staat Befolgung aller Gesetze fordern kann. Schon im Westphälischen Frieden ist daher Gehorsam und Unterwerfung unter die Landesgesetze den Angehörigen der geduldeten Religionsparteien, d. h. derjenigen, welche im J. 1624 keine Religionsübung hatten, zur Pflicht gemacht[131]), und in mehreren deutschen Verfassungsurkunden ist der

131) Inst. P. O. Art. V. §. 34. — sed ejusmodi Landsassii, Vasalli et Sub-

Zusicherung der Gewissensfreiheit die Clausel hinzugefügt, daß der Vorwand der Gewissensfreiheit nie ein Mittel werden dürfe, um sich irgend einer, nach den Gesetzen obliegenden Verbindlichkeit zu entziehen[132]). Noch entschiedener sagt Mohl[133]), daß der Staat nur solche Bürger zu dulden, zu schützen verpflichtet, ja berechtigt sei, welche allen seinen Gesetzen Gehorsam leisten, alle Verbindlichkeiten erfüllen; keinen aber unbestraft zu lassen habe, welcher sich ihnen entzieht, gleichviel aus welchem Grunde, ob aus sittlichem oder unsittlichem, vernünftigem oder unvernünftigem, religiösem oder gottlosem. Nur bei diesem Grundsatze — setzt er hinzu — ist das Recht des Staats und des Einzelnen völlig und folgerecht geschützt (?!). Mit Recht bemerkt dagegen H. A. Zachariä[134]), daß durch jenen Satz der Verfassungsurkunden der Gewissenszwang sanctionirt werde, wenn die Staatsgesetze wirklich dem Glauben widerstreiten, da ja nicht dabei gesagt sei, was der Staat nicht verordnen könne.

Allerdings wird es in keinem Staate gestattet sein können, daß irgend Jemand, und sei es auch unter Berufung auf sein Gewissen, seine religiöse Ueberzeugung, sich von der Befolgung der Gesetze selbst entbinde, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten eigenmächtig entziehe; jede staatliche Ordnung würde, wenn wir ein solches Selbstdispensationsrecht anerkennen wollten, aufgelöst sein[135]).

---

diti in ceteris officium suum cum debito obsequio et subjectione adimpleant, nullisque turbationibus ansam praebeant.

132) S. oben §. 12.

133) Mohl, Wirttemb. Staatsrecht Bd. 1. S. 320. 321.

134) Deutsches Staatsrecht und Bundesrecht Bd. 1. S. 233.

135) Ausführlich und bestimmt ist dieses in dem Badischen Edict v. 1807 §. 1 ausgesprochen: „Niemand kann zur Abwendung irgend einer Staatsanforderung eine Unverträglichkeit derselben mit seinen Religionsgrundsätzen anführen, der nicht mit bestimmter Beziehung auf solche Religionsgrundsätze seine Duldung erlangt hat, welcher letztere Fall dann vorhanden ist, wenn Jemand durch öffentliches Bekenntniß zu einer schon im Lande vorhandenen besondern Kirche sich hält, oder die Summe seiner von den Landeskirchen abweichenden Glaubenssätze urkundlich zu den Staatsacten vor der Annahme zum Bürger, oder späterhin, als er diese

Allein andererseits soll die Gesetzgebung möglichst wenig Veranlassung zu solchen Conflicten bieten. Dazu ist erforderlich, daß die Verschmelzung (nicht die Wechselwirkung und auch nicht einmal die Verbindung) von Staat und Kirche, wie sie noch in vielen Staatseinrichtungen besteht, aufhöre, also nicht, wie schon oft bemerkt, von kirchlichen Handlungen bürgerliche Wirkung abhängig gemacht, noch ein bestimmtes sittliches Verhalten statt als Folge einer bestimmten Religionslehre, als Theil der bürgerlichen Ordnung gefordert werde. Wenn aber dennoch sich ergeben sollte, daß ein Theil der Bürger des Staats durch ihre religiöse Ueberzeugung in Widerstreit gerathen sind mit dem Gehorsam gegen die Gesetze des Staates, so dürfte es wohl angemessener sein, durch Ausnahmsgesetze, Dispensationen und dgl. Hülfe zu schaffen, als vielleicht unbescholtene Leute zu nöthigen, entweder aus Furcht vor den nachtheiligen Folgen von Pflichten und Ueberzeugungen, die ihnen für heilig gelten, sich loszusagen, oder die Härte der Zwangsmaßregeln über sich ergehen zu lassen. Wenn Mohl in Beziehung auf solche Conflicte sagt: „die Bürger mögen das Land verlassen, dessen Gesetze sie nicht mit ihrem Gewissen vereinigen können,“ — so scheint er uns einen politischen und polizeilichen Rigorismus an die Stelle des ältern religiösen und kirchlichen zu setzen. Mannigfache Ausnahmsgesetze der Art bestehen ja auch in der That in unseren Staaten vielfach, z. B. rücksichtlich der Juden, der Mennoniten u. s. w. Aber auch die Befreiung von der Befolgung der allgemeinen Gesetze, die Entbindung von gewissen Verbindlichkeiten und Lasten, etwa gegen Auferlegung anderer Leistungen als Aequivalent, hat ihre Grenzen. Insbesondere gibt es Rechtsgrundsätze und Einrichtungen, die so tief in der sittlichen Anschauung eines Volkes und

---

Ueberzeugung ergriff, übergeben, und der Staat darauf hin seine Annahme verfügt, oder sein ferneres Bleiben verwilligt hat.“

136) Der Verf. der Briefe über Gewissensfreiheit (s. oben Note 61) sagt: „Wenn Ungetaufte in keine Bürgerrolle eingeschrieben werden, und nicht kirchlich eingesegnete Ehen als Concubinate gelten, so fehlt uns weiter nichts, als die Beichtzettel-Verordnung der Kaiserin Maria Theresia, um einen vollkommenen Staatsbürger zu bilden.“

einer Zeit begründet sind, daß eine Abweichung von denselben als durchaus unzulässig erscheint, Jeder der im Staat lebt, sich denselben fügen muß. Dahin gehört z. B. in unseren christlichen Staaten die Monogamie, die Unzulässigkeit der Ehe zwischen nahe verwandten Personen, besonders Geschwistern u. dgl.

Man hat in neuerer Zeit die Unzulässigkeit einer unbeschränkten Gewissens- oder Religionsfreiheit, ja die Absurdität der Forderung derselben, darzuthun gesucht, indem man behauptete, daß, wenn es gestattet wäre, ohne ausdrückliche Genehmigung des Regenten Religionsgesellschaften zu begründen, einen Cultus einzurichten, der Staat es ja auch dulden, und wohl gar erwarten müsse, daß Vielweiberei wieder eingeführt, daß Opferaltäre errichtet würden, alle Gräuel des rohsten Heidenthums wiederkehren möchten. So oder doch ähnlich hat, wie wir uns erinnern gelesen zu haben, der Regierungscommissär in einer deutschen ständischen Versammlung gesprochen! Wenn man ein einzelnes Princip in dieser seiner Vereinzelung bis zu den äußersten Consequenzen verfolgt, alle dann möglich denkbaren Folgen als nothwendig, als berechtigt annimmt, so wird es zerstörend, unwahr. Auch liegt ein Maß in den Dingen. Welchen Gang die religiöse Entwicklung nehmen, was das Resultat der jetzigen Kämpfe sein wird, wird wohl Niemand mit Sicherheit bestimmen wollen; allein sollte wohl Jemand wirklich glauben und fürchten, daß Götzendienst sich wieder erheben, muhamedanische Lebensanschauung und Sitte platzgreifen, daß das Judenthum, wenn es ganz frei und unbeschränkt wäre, große Eroberungen machen würde? Die Conflicte, welche möglicherweise zwischen Religionsfreiheit und Staatenthum entstehen können, werden sich nicht durch irgend eine Gesetzgebung zuvor gänzlich abschneiden, die entstandenen werden sich vielleicht nicht immer vollkommen heben lassen; allein sie werden sich so ziemlich in allen Fällen ausgleichen lassen, wenn der ernstliche Wille vorhanden ist, Gewissensfreiheit wirklich gewähren zu wollen, und die Ueberzeugung herrscht, daß in Sachen des Gewissens und Glaubens mit der größten Milde und Schonung zu verfahren ist. Andererseits wird dann aber auch vorausgesetzt werden müssen, — und es wird dieß sicher in höherem Maße da geschehen können, wo der Staat wahrhaft allen seinen Angehörigen in gleicher Weise gerecht zu werden sucht, — daß die Gewissensfreiheit nicht als Vorwand miß-

braucht werde, um sich den Gesetzen und Anforderungen des Staats zu entziehen, daß vielmehr bei Denen, welche die Consequenzen der Gewissensfreiheit und wohl gar, darauf gestützt, eine exceptionelle Stellung in Anspruch nehmen, bei wahrer Hingebung der aufrichtige Wille walte, sich in allen Dingen, die nicht wirklich gegen das Gewissen laufen, der staatlichen Ordnung möglichst zu bequemen. Denn nicht Alles, was nach einem Religionssystem zulässig, ja löblich und räthlich, noch was einer kirchlichen Verfassung gemäß ist, ist deßhalb schon unerläßliche Gewissens- und Religionspflicht. Freilich kann der Staat nicht festsetzen, wie weit diese geht; allein es wird entschieden mit der Gewissensfreiheit oft ein arger Mißbrauch getrieben; die neuere Zeit bietet eine Menge sehr verschiedenartiger Beispiele davon dar, in und außerhalb unseres Vaterlandes.

Man kann von jedem Staatsangehörigen aber auch fordern, daß er die Verhältnisse würdige, und darnach seine Ansprüche einrichte und beschränke. So wird z. B. eine neu entstandene, noch nicht consolidirte, und noch wenig verbreitete Religionsgemeinschaft nicht gleich fordern können, mit den Kirchen, welche Jahrhunderte hindurch, sei es allein, sei es mit anderen, im Staate bestanden haben, welchen die Masse der Staatsbürger, oder ein großer Theil derselben von Geschlecht zu Geschlecht angehört hat, sogleich völlig gleichgestellt zu werden, sich etwa der Förderung und Pflege des Staates, sofern eine solche stattfindet, in gleicher Weise zu erfreuen. Sie wird sich dabei begnügen, daß ihrer Religionsübung und ihrem kirchlichen Leben, ihrer Entwicklung und Fortbildung, kein Hinderniß entgegengesetzt, keine Hemmung bereitet werde, und ihren Mitgliedern nicht Rechte, welche sie sonst genossen haben würden, entzogen werden.

§. 19.

Von manchen Seiten her hat man aber in neuerer Zeit das Wesen der Religionsfreiheit in eine völlige Trennung der Kirche vom Staat setzen wollen. Gewissensfreiheit überhaupt erfordert Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der kirchlichen Gemeinschaften dem Staate gegenüber. Es ist daher eine der Hauptaufgaben der Zeit, der evangelischen Kirche eine Organisation zu erringen, durch welche ihr eine solche freie Stellung, zu deren Besitz sie durch den Gang, welchen die Reformation genommen hat, nicht hat gelangen

können, gesichert werde. Aber nicht eine solche Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Religionsgemeinschaften innerhalb des Staats ist es, was man unter dem Namen Trennung der Kirche vom Staat fordert, sondern eine völlige Coordination beider als selbstständiger Mächte, die einander die Hände zu reichen hätten, zu einem frei eingegangenen, also vertragsmäßigen Bunde. Nichts was im Staate äußerlich gleichsam faßbar hervortritt, kann Anspruch machen, der Staatsgewalt (rechtlich) unerreichbar zu sein. Nichts, was als eine (äußere) Macht sich geltend macht, und das ist bei jeder organisirten Religionsgesellschaft der Fall, kann gleiche Hoheit mit der Staatsgewalt in Anspruch nehmen. Pflicht und Klugheit erfordern aber, daß man nicht als äußerlich faßbar behandeln wolle, was seiner Natur nach sich einer solchen Behandlung und Beherrschung entzieht, wie das Geistige und vor Allem der Glaube; daß man nicht eingreife, wo es eines Eingreifens, einer Leitung nicht bedarf, indem es sich freiheitlich aus dem Leben heraus gesünder gestaltet. Wenn daher der Glaube außer dem Bereiche des Staates steht, wenn es in unsern Staaten angemessen ist, das kirchliche Leben sich möglichst frei gestalten zu lassen, so müssen die Religionsgesellschaften, als solche, dem Staate untergeordnet bleiben, und dieß um so mehr, wenn die Verbindung solcher Gesellschaften über die Grenzen des Staates hinausreicht.

Wenn die eifrigsten Vorkämpfer des Ultramontanismus der Gewissensfreiheit eifrigst das Wort geredet haben, ja wenn dieselben, mit den Liberalen im Bunde, das Banner derselben in der Belgischen Constitution hoch und frei, wie in keinem andern europäischen Lande ausgesteckt haben[137]), so konnte es ihnen nicht darum zu thun sein, jedem Menschen das Recht zu vindiciren, seinen Glauben frei zu bestimmen, wie es Lactanz, Tertullian, der heil. Ambrosius, Hilarius von Poitiers u. A. gethan haben. Sie würden dadurch mit den Grundsätzen ihrer eigenen Kirche, wie sie zuerst von Augustinus begründet worden sind, in den directesten Widerspruch gerathen. Die völlige Unabhängigkeit der römischen Kirche

137) Es heißt in der Constit. Belgique II. §. 14. La liberté des cultes, celle de leur exercice publique, ainsi la liberté de manifester ses opinions en toute matière sont garanties, sauf la reppression de delits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés.

von all' und jeder Beschränkung, von jeder Beaufsichtigung durch die Staatsgewalt [138]), damit jene ihr System mit allen seinen Consequenzen, mit allen Mitteln, welche sie sich geschaffen hat, ungehindert entfalten und zur Geltung bringen kann, ist das Ziel solcher Bestrebungen [139]). Was würden aber, wenn dieses vollkommen gelingen könnte, die Folgen für die christlichen Religionsparteien, für unsere deutschen Staaten insbesondere sein? Was würde aus der Geistesfreiheit werden, welche die Reformation, und zwar nicht ihren Bekennern allein, errungen hat? Wiewohl die Gewissensfreiheit Freiheit der Kirchen fordert, so ist doch Kirchenfreiheit noch nicht Gewissensfreiheit. Der Staat aber, welcher die Letztere als Recht jedes Staatsbürgers anerkennt, ist auch berufen und verpflichtet, dieselbe gegen Ein- und Angriffe zu beschützen. Nicht nur das Preußische Landrecht enthält eine Reihe von Vorschriften, durch welche den Uebergriffen der Kirchen sowohl gegen andere Religionsgesellschaften, als auch gegen ihre eigenen Angehörigen mannigfache Schranken gesetzt werden, sondern in ähnlicher Weise ist dieß auch in dem Bairischen Religionsedict der Fall [140]).

---

138) In diesem Sinne bestimmt auch der §. 16 der Belg. Verf. L'état n'a le droit d'intervenir ni dans la nomination, ni dans l'installation des ministres d'un culte quelconque, ni de défendre à ceux à correspondre avec leurs superieurs, et publier leurs actes, sauf ce dernier cas la responsabilité ordinaire en matière de presse et de publication.

139) Man sehe was über das Verhalten der hohen Geistlichkeit in Belgien ein freisinniger katholischer Kirchenrechtslehrer, Brendel: Handbuch des Kirchenrechts S. 637 ff. bemerkt.

140) Z. B. §. 42. Keine Kirchengewalt ist befugt, Glaubensgesetze gegen ihre Mitglieder mit äußerem Zwang geltend zu machen. §. 52. Es steht den Genossen einer Kirchengesellschaft, welche durch Handlungen der geistlichen Gewalt gegen die festgesetzte Ordnung beschwert werden, die Befugniß zu, dagegen den landesfürstlichen Schutz anzurufen. — §. 80. Die im Staate bestehenden Religionsgesellschaften sind sich wechselseitig Achtung schuldig; gegen deren Versagung kann der obrigkeitliche Schutz angerufen werden, der nicht verweigert werden darf; dagegen ist aber auch keiner eine Selbsthülfe erlaubt. — §. 89. (Die Mitglieder einer Religionspartei, der nur Hausandacht oder Privatgottesdienst

Es ist zuvor erwähnt worden, daß die Gewissensfreiheit in neuerer Zeit die wärmsten Vertheidiger insbesondere auch unter strenggläubigen Protestanten gefunden hat [141]); sie erscheint ihnen als Forderung und Grundlage des wahren Christenthums, als Vorbedingung und Sicherung für die Freiheit der Kirche. Aber auch Manche von diesen setzen die Gewissensfreiheit in eine gänzliche Trennung der Kirche vom Staat in der zuvor angegebenen Weise, sie weisen jede Förderung, Unterstützung der Kirche durch den Staat zurück, um ihm nicht dienstbar zu werden, ja man möchte glauben, um ihm nicht dankbar verpflichtet sein zu müssen, und sie haben daher ihre Wünsche und Forderungen bis zur Auflösung der kirchlichen Verbände und Einführung eines vollkommenen „Freiwilligkeitssystems" ausgedehnt (beachtenswerth ist indeß, daß dieses weniger von den hierher gehörigen deutschen Schriftstellern geschehen ist [142]). Nach Herstellung einer solchen vollkommenen Freiheit, nach einer Rückkehr gleichsam in die Zeiten, als sich das Christenthum erst in den heidnischen Ländern auszubreiten anfing, würde dasselbe, — hoffen und verkünden jene Männer — seine Reinheit und Kraft über die Gemüther wieder gewinnen, und ohne Beihülfe und Einmischung der weltlichen Mächte sich, wenn auch von kleinen Anfängen, eine Kirche groß und herrlich auferbauen. Bei dieser Erinnerung an die urchristlichen Zeiten darf man sich jene Männer schwerlich geneigt denken, auch die spätere dogmatische Entwicklung des Christenthums daran zu geben, und in der Regel mag wohl das Sonderbekenntniß als die eigentliche Grundlage der künftig freien großen Kirche gedacht worden sein. Wir zweifeln aber nicht, daß eben jenen Männern auch eine

---

gestattet ist) dürfen von den Dienern der Kirchengewalt des Ortes, wo sie wohnen, gegen den Sinn und Zweck der Concession weder beschränkt noch beeinträchtigt werden.

141) S. oben Note 65—67.

142) In dieser Beziehung ist besonders auch zu vergleichen: Herzog, Recension von Vinet, manifestations in den theol. Studien und Kritiken, 1844 H. 2. a. E. — Rudelbach, Thesen Nr. XXVI. ff. der indeß Th. XXXVII. sagt: die einzige haltbare Form für die Abgrenzung des Staats und der Kirche scheint die des Concordats zu sein.

Kirche vorgeschwebt habe, die, wenn sie durch Ausbreitung mächtig geworden, der Gewissensfreiheit, auf deren Boden sie sich erbauen will, auch noch denselben Raum gewähren, dasselbe Recht gestatten wird, welche sie jetzt in Anspruch nimmt, selbst wenn dann wieder Zeiten kommen sollten, wo der errungene Sieg gefährdet erscheinen, oder bedroht sein möchte. Es ist dieses hier bemerkt worden, nicht um die An- und Absichten edler Männer, wie sicher gar viele unter den Vertheidigern der Gewissensfreiheit in der angegebenen Weise sind, in einem zweifelhaften Licht erscheinen zu lassen, sondern weil wir glauben, und daher erinnern wollten, daß Jeder, der der Gewissensfreiheit das Wort redet, selbst auf's strengste mit sich darüber in's Gericht zu gehen hat. Die Geschichte hat gelehrt, daß stets die schwächere, unterdrückte, emporstrebende Partei der Gewissensfreiheit das Wort geredet hat, aber keineswegs, wo sie zur Macht gelangt war, diesen ihren Grundsätzen treu geblieben ist. Der ist aber noch kein wahrer Verfechter der Gewissensfreiheit, der sie für sich und seine Ueberzeugung fordert, sondern der für die Gewährung der Andern in die Schranken tritt. Die Freiheit, die man eben nur für sich erstrebt, wird zum Privilegium, wie im Mittelalter, wo alles nach Freiheiten trachtete, während die Gemein-Freiheit immer mehr zu Grunde ging. Aber auch jetzt noch sind die Grundsätze der Gewissensfreiheit so wenig flüssig geworden, so wenig in die eigentliche Gesinnung eingedrungen, daß, wie die Erfahrung lehrt, man vielmehr fürchten muß, sie in das Gegentheil umschlagen zu sehen, da der Versuch schon dem Einen „als ein bornirter, zur Renitenz gegen den Staat führender Pietismus", dem Andern als „ein flacher, die Kirche und den Glauben unterwühlender Nationalismus", dem Dritten als „ein widerwärtiges Judenthum" erscheint. Will man es Anderen, oder wohl sich selbst nicht gestehen, daß man den sonst verkündeten Grundsätzen untreu geworden, ja wohl gar die Zusicherung der Gesetze umgangen, gebrochen habe, so wird, abgesehen von den Künsten der Interpretation, es nicht an Vorwänden fehlen: daß man es nicht mit wahrer religiöser Ueberzeugung, sondern nur mit einigen böswilligen, frivolen Menschen, und einem verführten, leichtsinnigen Haufen zu thun habe; daß die s. g. religiösen Bestrebungen nur zum Deckmantel politischer Absichten und Zwecke dienen; daß man keineswegs der Glaubensfreiheit irgend eine Schranke setzen, sondern

nur für die politische und polizeiliche Sicherheit des Staates sorgen, die bestehenden Kirchen als solche, ohne den Einzelnen irgend Zwang anzuthun, in ihrer Integrität erhalten wolle. Dergleichen hat sich zu allen Zeiten, wenn auch in veränderter Form und Weise, wiederholt. — Aber die Vertheidigung der Freiheit hat, wenn sie nur nicht im jesuitischen Sinn, sondern in dem Moment, wo man ihr das Wort redet, aus vollem Herzen geschieht, wenn sie nicht etwa bloß aus egoistischem Interesse hervorgeht, und in einer der wahren Freiheit — die nicht Willkür und Zügellosigkeit ist — würdigen Weise geführt wird, zu allen Zeiten die Theilnahme, und nicht der Schlechteren, erweckt. Achtung müssen uns aber Männer abgewinnen, die von der Reinheit und Wahrheit ihrer religiösen Ueberzeugung so durchdrungen sind, daß sie von der geistigen Gewalt, von der Verkündigung — wenn diese vollkommen frei ist, und deren Wirkung nicht durch staatliche Einrichtungen und Hemmnisse geschwächt wird — den sichern Sieg erwarten, und nur nach einem Siege mit solchen Waffen trachten; eingedenk der Grundsätze, wie sie schon der edle Neander ausgesprochen hat: „daß das Christenthum alle äußerlichen Lockungsmittel und Stützen verschmäht," [143]) „daß die Wahrheit selbst, wenn sie durch eine andere als durch ihre eigene Macht zum Menschen gelangen soll, zur Lüge wird" [144]). Wobei aber auch noch zu erinnern sein dürfte, daß die freie, lautbegeisterte Verkündigung des Worts, doch wohl zu unterscheiden ist von einem Aufruf an die Menge zur Vertheidigung des Glaubens, wie sie auch in neuerer Zeit wohl vernommen worden.

§. 20.

Bei jener Lehre von der gänzlichen Trennung der Kirche vom Staat, und der Begründung eines s. g. Freiwilligkeitssystems, richtet sich der Blick nach Nordamerika, wo beides verwirklicht ist. Nach der reichen Kunde, welche uns durch die Berichte so vieler Reisenden geworden ist, steht es dort um das religiöse Leben, um die kirchlichen Institute — ungeachtet die materiellen Interessen Alles beherrschen, wie in keinem andern Lande — viel besser, als es nach

---

143) Neander's Kirchengeschichte Bd. II. 2. Abth. S. 53. S. auch S. 63. 155.

144) Neander a. a. O. S. 280. S. auch S. 72.

der Ansicht Derer der Fall sein müßte, welche in der Freiheit nur Auflösung sehen, und Untergang von Kirche, Glauben und Staat verkünden, falls dieser jenen seinen Schutz, die Sorge für ihre Erhaltung entziehen würde. Auf jene Berichte gestützt, sagt ein neuerer Kirchenrechtslehrer: „in keinem Lande sind, allgemein betrachtet, tiefere sichtbare Spuren der Gottesfurcht vorhanden, als dort; es herrscht daselbst das Christenthum in der freiesten Ueberzeugung des Volkes" [145]). Auch die Spaltung in Secten, auf welche man als ein Ergebniß und Selbstfolge der Freiheit warnend hinweist, ist in der That in Amerika nicht mit oder aus dieser entstanden; in dem Mutterlande, unter der Herrschaft einer privilegirten Staatskirche, haben sich die Secten gebildet, welche in den Colonien eine Zuflucht suchten, theils für ihre strengeren kirchlichen und dogmatischen, theils für ihre strengeren sittlichen Ansichten und Grundsätze, da ihnen beides, je nach ihrer verschiedenen Anschauungsweise, Glauben und christliches Leben, nur zu sehr aus der privilegirten und herrschenden Kirche entwichen schien.

Wenn daher das nordamerikanische System sich weit eher segensreich in seinen Folgen als verderblich erwiesen hat, so dürfte doch dessen Einführung bei uns den größten Bedenken unterliegen. Es dürfte dieselbe bei uns, wo der Staat nicht erst neu zu begründen, also nicht erst zu entscheiden ist: ob eine Kirche, und welche, in engere Verbindung mit dem Staat gesetzt werden soll, wo die Verhältnisse der Religionsparteien ganz andere sind (indem dort manche Parteien der Dissenters die Zahl der Hochkirchlichen und Katholiken, welche im Mutterlande selbst als eine Secte betrachtet wurden, weit übertrafen), eine gewaltige Veränderung in den bestehenden Verhältnissen hervorbringen, deren Ergebnisse sich kaum möchten irgend vorhersehen und berechnen lassen. Insbesondere kann nicht übersehen werden, daß dadurch den Bestrebungen der römischen Hierarchie, welchen gegenüber die Evangelischen um so mehr nach Einigung und Zusammenhalten zu streben hätten, gerade der erwünschteste Vorschub gethan, und somit der Geistes- und Glaubens-

145) Brendel's Kirchenrecht S. 626. — S. auch Linde, Staatskirche u. s. w. S. 120 ff. wo Auszüge aus der Schrift eines nordamerikanischen Geistlichen, R. Baird, mitgetheilt werden.

freiheit die größte Gefahr bereitet werden könnte. Möchte dieser Geist friedlicher Einigung, auf Grundsätzen, woraus Duldung und Gewissensfreiheit hervorgeht, nur weitern Raum gewinnen!

Die gänzliche Trennung der Kirche vom Staat, die Einführung des Freiwilligkeitssystems, ist in jedem Fall das letzte Mittel, um zur Gewissensfreiheit zu gelangen. Auch der Arzt des Staates wird, ehe er zur Anwendung des äußersten Heilmittels, zur Ablösung schreitet, woraus möglicher Weise neues Uebel sich erzeugt, erst sinnen und versuchen, ob nicht in anderer Weise ein ungestörter Umlauf gesunder Säfte sich durch alle Theile des Staatsorganismus herstellen läßt. Das Freiwilligkeitssystem, wie es in Amerika besteht, scheint mir überhaupt nur einem Durchgangsstadium, dessen Dauer freilich nicht berechnet werden kann, anzugehören. Die neu entstandenen Gemeinden werden mehr sich zu consolidiren streben, und Einigungen derselben, um Gemeinsames zu begründen und zu befördern, werden mehr und mehr hervortreten. Je mehr aber die Kirche zu einem großen Ganzen sich wieder hervorbildet, um so enger werden auch wieder die Beziehungen zwischen Staat und Kirche werden. Ob die Zeit auch bei uns auf jene Bahn, zu jenem Durchgangsstadium hindrängen wird, dürfte großentheils von der Stellung abhängen, welche die Staatsgewalten in Beziehung auf Glauben und Kirche annehmen: ob sie sich über die Parteiungen stellen, und, indem sie den verschiedensten Richtungen die Möglichkeit gewähren, frei hervorzutreten und sich zu entfalten, das sicherste Mittel ergreifen werden, die Schärfe der Gegensätze sich durch sich selbst abstumpfen zu lassen, und ihr Gelangen zur äußern Macht zu verhindern.

§. 21.

Was für die Organisation und Stellung der evangelischen Kirche zu wünschen und zu thun sein möchte, liegt außer meinem Kreis. Zur Begründung der staatlichen Gewissensfreiheit bedarf es nicht des Einschlagens neuer Bahnen. Da seit der Reformation die exclusive Herrschaft einer Kirche im deutschen Reiche, und in der neueren Zeit auch in den deutschen Staaten aufgehört hat, so ist das System des Religionszwanges, von dem man sich freilich noch nicht losgesagt hat, in seinen Grundlagen erschüttert. Durch die gesetzliche Zusicherung der Bekenntnißfreiheit unter dem Namen Ge-

wissensfreiheit, ist diese als Recht anerkannt worden, aber als ein Recht, dessen Ausübung entweder noch ganz abgeschnitten, oder dessen Gebrauch, durch die damit verbundenen Folgen, kein wahrhaft freier ist. Unerläßlich ist daher, daß die Ausübung der freigegebenen Bekenntnisse möglich gemacht; daß mithin Allen, denen die Hausandacht gestattet ist, auch freistehe, sich zu gemeinsamem Gottesdienst zu vereinigen, ohne daß einem solchen Verein ausdrücklich Beschränkungen auferlegt werden; z. B. durch Vorschriften über die Art des Baues seiner Gotteshäuser, Versagung der Corporationsrechte, die sonst den mannigfaltigsten Gesellschaften leicht zu Theil werden. — Bei einer solchen Anerkennung der Cultfreiheit könnte man entweder, wie es in England der Fall ist, nur fordern, daß ein jeder Verein, der zu gemeinschaftlicher Religionsübung zusammentritt, eine Anzeige mache, und jene öffentlich halte, oder, daß unter Vorlage des Glaubensbekenntnisses und der Gesellschaftsverfassung, ausdrückliche Bestätigung nachgesucht werde. Gesicherter ist die Freiheit allerdings nach jenem englischen System. »En effet —sagte Cremieux bei den Verhandlungen über Cultfreiheit in der französischen Kammer — il y a incompatibilité entre la liberté de faire une chose, et la necessité d'obtenir la permission.« Es ist dieß richtig, wenn die Erlaubniß willkürlich ertheilt oder verweigert werden kann. Aber auch dann, wenn dieses nicht der Fall, und wenn gesetzlich ausgesprochen ist, daß die Genehmigung nur versagt werden soll, wenn die Lehre und Verfassung einer Religionsgesellschaft die öffentliche Ordnung und die Sicherheit gefährde, kann die zugesicherte Religionsfreiheit möglicher Weise, selbst wo eine Verkümmerung derselben nicht beabsichtigt wird, durch die Art, wie die bestehenden Gesetze aufgefaßt und angewendet sind, untergraben und vernichtet werden. So bemerkt der Verfasser der Briefe über Gewissensfreiheit: „daß bei der Untersuchung, ob eine Lehre die Sittlichkeit bedrohe, der Staat sich nur an die zu Tage liegende Frucht zu halten, und sich sorgfältig vor Folgerungen zu hüten, sich aller feineren, ethisch-dogmatischen, Untersuchungen zu enthalten habe, weil sonst bei völliger gesetzlicher Anerkennung der Gewissensfreiheit, der Staat und seine Organe zur despotischen Beschränkung derselben geführt werden können." Gleiches ließe sich aber auch von den übrigen, die Gewissensfreiheit beschränkenden Bedin-

gungen befürchten, z. B. daß der Staat einer jeden, die Ruhe und die Eintracht bedrohenden religiösen Gesellschaft oder Richtung, Anerkennung und Freiheit versagen müsse, da diese allerdings richtige Regel, buchstäblich ausgeführt, an das principiis obsta, welches Richelieu auf die Reformation angewendet wissen wollte, erinnern, und den Tod aller Freiheit und besonders des christlichen Lebens herbeiführen würde [146]). — Die Gefahr für die Gewissensfreiheit ist aber, wo eine jede Religionsgesellschaft einer staatlichen Genehmigung bedarf, keine andere, als welche die staatsbürgerliche Freiheit auch in jeder anderen Beziehung zu bestehen hat. Jene Freiheit kann von Denen, die ihre Ausübung zu überwachen haben, umgangen, gebrochen, mißdeutet werden. Auch die möglichen Garantien sind im Ganzen dieselben. Es gibt aber keine politische oder rechtliche Garantie, welche vollkommene Sicherheit gewährte, keine, die nicht selbst wieder einer Bürgschaft bedürfte. Der Sinn für Gewissensfreiheit muß im Volke, in der Nation wahrhaft lebendig geworden sein; dann werden die Gefahren, von welchen sie bald von Unten, bald von Oben bedroht sein kann, verschwinden. Jenes englische System hängt aber mit der Fiction zusammen, daß die Staatskirche sich über das ganze Land erstrecke, alle Staatsangehörigen umfasse. Die Duldung der Dissenter-Gemeinschaften besteht eigentlich in einem gewissen Ignoriren derselben als Religionsgesellschaften; es kommt ihnen auch eigentlich nur ein privatrechtlicher Charakter zu, und sie entbehren daher in der Regel der Corporationsrechte. Die Beschränkungen, welche aus dieser Weise der Duldung hervorgingen, sind im Laufe der Zeit allerdings vielfach gemildert worden, da die Religionsfreiheit sich in England immer mehr entwickelt hat [147]). Wenn aber bei uns die Religionsgesellschaften nicht als bloße Privatvereine — was eigentlich schon dem Wesen der Sache widerspricht — betrachtet, wenn ihnen namentlich auch Corporationsrechte zu Theil werden sollen, wenn der Staat erforderlichen Falles denselben nicht nur seinen Schutz, sondern auch seinen Beistand und Hülfe gewähren soll, so wird allerdings erforderlich sein, daß eine jede Religionsgesellschaft auch als solche von

146) Ueber Gewissensfreiheit. Briefe eines Idioten u. s. w. S. 85 u. besonders S. 173 ff.

147) S. oben Note 47.

ihm anerkannt und bestätigt werde. Es würden daher bei Nachsuchung der Bestätigung auch die Grundsätze, worauf die Lehre und Verfassung beruht, vorgelegt werden müssen; doch möchten wir sagen, daß dieses mehr zum Zweck der Kenntnißnahme, als einer eigentlichen Prüfung geschehen soll; denn der Staat hat nicht sowohl die Lehren zu genehmigen, als sich bei der Bestätigung die Ueberzeugung zu verschaffen, daß die Rechtsordnung und die Sittlichkeit nicht gefährdet werde. Damit fällt aber der, für die Gewissensfreiheit so gefährliche Satz, daß mit jeder Abweichung von den etwa vorgelegten Bekenntnissen und Bekenntnißschriften, das Recht der Gesellschaft gleichsam von selbst erlösche. Einer jeden Religionsgesellschaft muß eine freie Lebensentwicklung gestattet sein; und dem Staate das Recht zustehen, in seinem bezeichneten Interesse Rechenschaft zu fordern, und erforderlichen Falles einzuschreiten. — Als eine ganz exorbitante Forderung möchte es aber wohl von manchen Seiten angesehen werden, daß der Staat die Religionsgesellschaften, welche sich von den Landeskirchen getrennt haben, ja selbst die nichtchristlichen, nicht nur gewähren lassen, sondern sogar erforderlichen Falles — vorzüglich auch in solchen Verhältnissen, wo es nicht etwa bloß sich um Geldmittel handelt, welche jede Religionsgesellschaft, so weit es in ihren Kräften steht, selbst zu beschaffen hat, sondern wo die Hülfe gar nicht so wie vom Staate beschafft werden kann — unterstützen soll. Aus dem Recht auf Gewissens- und Religionsfreiheit läßt sich dieses allerdings nicht ableiten; aus diesem folgt nur ein Anspruch auf Nichtbeschränkung. Es kommen hier aber anderweitige Verhältnisse des Staats und seiner Angehörigen zu einander in Betracht; und wir möchten behaupten, daß eine solche Hülfe, Vorsorge, Unterstützung, wenn wir den Religionsgesellschaften auch nicht ein eigentliches Recht darauf einräumen, doch im Interesse des Staates selbst liegen kann, so wie wir auch glauben, daß das Christenthum so wenig dadurch gefährdet, als durch ein entgegengesetztes Verhalten gefördert werden möchte.

Das Zweite, was zur Begründung staatlicher Gewissensfreiheit, außer der erwähnten, mit Cultusfreiheit verbundenen Bekenntnißfreiheit erforderlich, ist, daß den kirchlichen Handlungen ihr rein kirchlicher Charakter wiedergegeben, und nicht bürgerliche Wirkungen davon abhängig seien. Das Dritte endlich, daß fortan kein bestimm-

tes Glaubensbekenntniß zur Ausübung und zum Genuß bürgerlicher und politischer Rechte erfordert werde.

Die Herstellung der Gewissensfreiheit in dieser Weise und in diesem Umfang ist nur ein nächster Schritt auf der Bahn, auf welche seit Jahrhunderten die geistige Entwicklung, wie auch die Gestaltung der äußern Verhältnisse immer mehr hingedrängt haben. Durch sie wird daher auch keine Erschütterung, keine Umwälzung unserer staatlichen und kirchlichen Zustände hervorgebracht, vielmehr Friede und Einigkeit in unserem, nach der Natur seines Volkes von religiösen Interessen stets lebendiger bewegten Vaterlande gefördert und gesichert, und das Bewußtsein der Einheit, trotz aller Theilungen und Spaltungen, erhöht werden.

VI.

Das Bergrecht des Sachsenspiegels.

Vom

Geh. Oberbergrath Steinbeck

in Brieg *).

Die einzige Stelle des Sachsenspiegels, welche das Bergrecht berührt, ist zu wichtig, um nicht eine nähere Betrachtung zu verdienen, um so mehr, als ein vorliegender Codex [1]) sich zu einer Vergleichung mit dem gewöhnlichen Texte dargeboten, welche bedeutende Varianten herausstellt. Nach dem, in der Ausgabe des Sachsenspiegels von Homeyer [2]) zu Grunde gelegten, Text lautet diese Stelle: Buch I. Art. 35 [3]) folgendermassen:

„§. 1. Al schat under der erde begraven deper den ein pluch ga, die hort to der koninglikeu gewalt. — §. 2. Silver ne mut ok neman breken up enes anderen mannes gude ane des willen des de stat is; gift he's aver orlof, de vogedie is sin dar over."

In dem erwähnten Codex:

„Art. XXXVI. von schatze und silbergruben. Omnis thesaurus, qui profundior est sub terra quam agrator arare potest, ad regalem dignitatem dicitur pertinere. §. In locis alienis aurum nec argentum fodere licet, si voluntatem suam adhibet advocatiam desuper obtinebit.«

---

*) Vergl. Bd. 10 S. 70 dieser Zeitschrift.

1) Nr. 426 in C. G. Homeyer's Verzeichniß deutscher Rechtsbücher. Berlin, 1836.

2) Zweite Ausgabe. Berlin, 1835. Seite 65.

3) Nach der sehr abweichenden Nummernfolge in andern CC. nimmt der Artikel verschiedene Nummern an, wie a. a. O. zu ersehen. In dem obenerwähnten Codex trägt er die Nummer 36.

„Allen schatz under der erden begraben tyfer den ein pflug eren[4]) mag, der gehört in die königliche gewalt. §. Silber noch golt muß auch nymant graben uf eines andern mannes gute, sundern der wille des dy stat ist. §. Gybt ers abir orlob dy vogedye ist darüber sin."

Die Glosse hierzu[5]) ist in dem Coder folgende:

„In dysin Articulo ruret er Bergrecht des saltu wissen. Alle dy Bucher dy der sein von Bergrechte. Dy sin uffomen von wilkuren, dy sich die lute selbir undir sich gesatzt haben, da wenig dy leges von sprechin und wollin das bevelen den Bergleuten. Ydoch saltu wissin, das dy leges einteil upwisin. Inst. de rerum divisione. §. thesauros.«

Diese Stelle fehlt in der Glosse der Gärtner'schen Ausgabe des Sachsenspiegels ganz, ist aber merkwürdig. Sie besagt nämlich, daß dem Glossator mehrere Bücher von Bergrechten bekannt gewesen. Was für Bücher waren es? Außer dem Iglauer und Schemnitzer Bergrecht, sind keine geschriebenen Berggesetze vorhanden, denen man irgend ein höheres oder auch nur gleiches Alter, als das des Sachsenspiegels und der Glossen zu ihm beilegen könnte. Ueberdem paßt für Berggesetze der Ausdruck „Bücher von Bergrechten" wohl nicht. Die wenigen Schriften über Bergwesen, deren Georg Agricola in der, seinen Werken vorangesetzten Epistola, als zu damaliger Zeit (1550) vorhanden bezeichnet, sind ebenfalls jünger, und keine „Bücher von Bergrechten". Erwägt man den Nachsatz: „dy sin uffommen von wilkuren, dy sich dy Lute selbir undir sich gesatzt haben", so gelangt man auf die Vermuthung, daß mit jenen Büchern Sammlungen von Schieden eines (vielleicht des Iglauer) Bergschöppenstuhls gemeint sein möchten, welche späterhin verloren gegangen.

„Nu saltu wissin was ein schatz heist" u. s. w.

---

4) Arare, ackern.

5) Die Glosse hier mit aufzunehmen schien nothwendig, wie sich weiter unten ergeben wird. Interessant erscheint das Vergleichen der, hier genau aus dem obengedachten Codex widergegebenen, mit der — als Vulgata anzusehenden — welche sich in der Gärtner'schen Ausgabe des Sachsenspiegels (Leipzig, 1733) abgedruckt befindet. Hier genügt es, nur auf einige wesentliche Abweichungen beider hinzuweisen.

Diese Theorie von der Natur des Schatzes kann hier übergangen werden. Die Glosse in dem Codex fährt dann fort:

„Nu pruf ein underscheit an ertze und an schatze. Dis ist da er by von spricht, das in das riche hore und by trennet er ertz von schatze [6]) eigentlich zu vornemen. Tit. inst. de acquisitione rerum dominium l. pe(re)gre in principio [7]). Das ist darumme, das ty Dutschin also vyel namen nicht hat als is dingis ist. Tit. ff. de verborum significatione l. IIII. §: Alleine das er des richis, so mus man doch nicht uz" (Erz) „brechen ane des willen des dy stat ist [8]), so er behelt wol dy vogetye darüber, so bescheidentlich des dy Herschaft ganz sine syn und anders nicht. §. Nu mochstu sprechen ab einir dy Herrschaft ubir einen acker nicht hatte, sundern er hette dy nutz [9]) des Ackers, und das heist in Legibus ususfructus, mochte der silber brechin adir brechin lasin. Etzliche dy sprechine wer egnis landes in nutze habe, was er der frucht gnysin muge in so getaner wise, das des gutes wesen, das man nutzit keine abegang noch geergare worde. Tit. inst. de usufructu §. 1. ff. e. t. l. 1. §. Und wer denne eins ackers wesen von silbers brechin nicht vorginge [10]), darumme mocht yener silber lasin brechin. §. Swenne was in dem rechte nicht offenbarlichin verbotin ist, worumme mußte denne yener, das nicht tun. C. de testamentis l. sancimus. Swenne denn das in dem rechte nicht verboten ist, so muß ers yo wol tun. §. Dies widersprich und sage er muge iz yo nicht tun, denne wenn eines ackers nutzunge gebin ist [11]). Dem

6) Bei Gärtner: „denn allhie er Ertz vor einen Schatz nimmt."

7) So lautet buchstäblich dieß Citat in dem Codex, statt bei Gärtner richtig l. 44. ff. de acq. poss.

8) Bei Gärtner: „ob wohl alle Land dem Reich unterthan sind, so mag man doch kein Ertz ohne des willen brechen des die stedt oder Boden ist." — Die Worte „oder Boden" sind zu beachten.

9) Bei Gärtner: „die Bruchunge".

10) Bei Gärtner: „vornichtet wird."

11) Bei Gärtner: „dann ob ich meines Ackersnutzung ausgethan hette."

ist das silber brechin nicht gebin, wene des ackers sal blybin, das blebe denne nicht, swenn man durchritze und durchgrube. §. Er sal auch so brechin, das er dem Herrn noch sine siede nicht an den ackern hindere[12]), ut Inst. de usu et habitatione §: das man das auch wol tun mus (mag), das nicht in dem rechte vorbotin ist, das weil (widerspricht) diesim nicht wene dis ist verboten, ut infra art. LV. §. ult. Inst. de rer. divisione §: Thesauros §: at si quis. ff. de thesauris l. ultima.«

Es überrascht, in dem Text des Codex die Worte »aurum nec«, „noch Golt" zu finden, welche in keiner einzigen der bei der Homayer'schen Ausgabe des Sachsenspiegels gebrauchten Handschriften vorkommt, wie denn auch die Glosse durchaus nur von Silber spricht. Dieser Umstand scheint sich jedoch einfach dadurch zu erklären, daß der Verfasser des Sachsenspiegels und der Glossator nur eben Sachsen — wo man Silber aber kein Gold grub — im Auge hatten, und darum Letzteres mit Stillschweigen übergingen, obgleich es nicht minder geschichtlich als seiner Natur nach, in rechtlicher Beziehung, mit dem Silber in einerlei Kategorie als Regale gehörte. So mochte es kommen, daß in Abschriften des Sachsenspiegels, welche für Städte u. s. w. in Gegenden bestimmt waren, in denen sich Gold fand, die Redactoren dasselbe in den Text mit aufnahmen, und auf diese Weise in dem vorliegenden, jedenfalls Schlesien angehörenden, Codex das Gold in dem obigen Artikel, neben dem Silber erwähnt ward, da um die muthmaßliche Zeit des Entstehens dieses Codex, in Schlesien der Goldbergbau sehr ausgedehnt betrieben ward.

In Betreff der Auslegung dieses Artikels muß zunächst hier der Einwand berührt werden, welchen Weiske dagegen geltend macht, daß man aus demselben einen Beweis für die Bergregalität in den Ländern, in denen der Sachsenspiegel gesetzliches Ansehen besaß, herleiten wollen. Weiske sagt in seiner Schrift über den Bergbau und das Bergregal[13]):

„Merkwürdig ist es, daß man es meist übersehen zu haben scheint, daß die gedachte Stelle, und zwar wohl absichtlich,

---

12) Bei Gärtner: „den Herrn und sein Gesinde nicht hindern."

13) Eisleben, 1843. Seite 33.

um des Gegensatzes willen, zwei ganz verschiedene Gegenstände behandelt, und hinsichtlich derselben den damals giltigen Rechtssatz aufstellt. Im ersten §. spricht sie nämlich von dem Schatz (thesaurus), und im zweiten vom Silber als Bergwerksgut. Die nun, welche im Sachsenspiegel einen Beweis für das Dasein des Bergregals finden, halten sich lediglich an den ersten §., und lassen den zweiten ganz unbeachtet, obschon gerade dieser es ist, welcher von dem Bergwerkgutes handelt. Dieselben verstehen nämlich unter Schatz: Erz. Da nun die Stelle von jenem sagt, daß er der königlichen Gewalt gehöre, so übertragen sie dieß auf das Erz oder die Fossilien, und in Folge dieser willkürlichen Deutung wird das Dasein des Bergregals aus dem Sachsenspiegel heraus interpretirt. Abgesehen von dem Streben der früheren Juristen, möglichst viele Beweisstellen für das Dasein des Bergregals beizubringen, stützt sich die gedachte Annahme lediglich auf die völlig unerweisliche und unrichtige Bedeutung des Wortes: Schatz. Für wie untrüglich aber diese Ansicht früher gehalten wurde, ergibt sich daraus, daß dieselbe in die Sächsischen Constitutionen von 1572 (P. II. C. 53), die doch sonst den Sachsenspiegel sehr wohl verstehen, übergegangen ist. Doch mochte auch dies noch dazu kommen, daß auf diese Weise unsere Stelle sich dem geltenden Rechte am leichtesten anbequemen ließ, nach dem ja das Bergregal bestand, der Schatz aber nicht regal war. Das damalige Ansehen der sächsischen Juristen in Deutschland, die nun schon in Folge der Legalinterpretation des Sachsenspiegels sich für gebunden hielten, die falsche Auffassung zu vertheidigen, trug gewiß auch noch dazu bei, dieselbe als die herrschende zu erhalten."

„Weiß man nun aber, daß dem früheren einheimischen Rechte die Ansicht, den Schatz für regal zu erklären, keineswegs fremd war — und jetzt lehrt dieß schon ein Blick in Mittermaier's deutsches Privatrecht, 6. Ausgabe §. 162 — so kann es auch nicht Wunder nehmen, wenn wir dieselbe im Sachsenspiegel ausgesprochen finden. Daß aber unter Schatz nicht das Bergwerksgut zu verstehen sei, ergibt sich auch noch aus dem Worte: Begraben, was sehr wohl

auf den Schatz, nicht aber auf das Bergwerksgut paßt. Deutlicher ersieht man dieß noch aus dem Inhaltsverzeichnisse, welches in den Handschriften dem Sachsenspiegel vorangeht, und welches wir in unserer Ausgabe des Sachsenspiegels (Leipzig 1840) haben abdrucken lassen, indem es bei dem betreffenden Artikel heißt: „Von begraben schacze. Von silberne zu bregene." Noch deutlicher ist die Ueberschrift des Artikels im Schwabenspiegel, insofern diese lautet: „Der Schätze under der Erde begräbt" oder: „Wes der Schatz ist, der vergraben ist" oder: „Aller Schatz under der Erde vergraben." (Senckenberg, Corp. jur. germ. II. pag. 270)".

„Daß die fragliche Stelle nicht vom Bergwerksgute, sondern vom Schatze rede, geht zum Ueberfluß nun auch noch daraus hervor, daß eben erst der zweite §. von den Fossilien handelt, und in Bezug auf diese gerade den entgegenstehenden Grundsatz angibt. Während nämlich der Schatz als regal erklärt wird, also dem Grundeigenthümer nicht zugehört, wird das Bergwerksgut demselben, oder dem, der es mit Zustimmung des ersteren abbaut, zugesprochen. Wäre hinsichtlich der Fossilien etwa ein Rechtssatz ausgesprochen, der mit den sonst bekannten Rechtsansichten jener Zeit unvereinbar erschiene, so ließe es sich noch entschuldigen, wenn man diesen durch eine künstliche Auslegung der Stelle zu beseitigen suchte; da aber der Sachsenspiegel in Bezug auf die Rechtsverhältnisse an Fossilien ganz mit dem damals in Deutschland geltenden Rechte übereinstimmt, so muß es um so mehr befremden, daß man ihn in der Regel falsch verstanden hat."

Gegen diese Aufstellung dürfte aber zu Gunsten der frühern Auslegung Mehreres geltend zu machen sein. — Was die Ueberschrift des vorliegenden Artikels in dem Sachsenspiegel betrifft, so machen allerdings die meisten Codices zwischen dem „begrabenen" Schatz und dem Silber-Erz in so weit einen Unterschied, als sie beide nebeneinander stehen. Diese Ueberschriften weichen aber von einander bekanntlich in den Codd. oft ab, und es ist auf sie nicht wesentlich eine Folgerung zu gründen. Auch liegt in eben berührter Fassung nur ihre Trennung als Species des Genus „Schatz", kei-

nesweges eine generische Scheidung. Das eigentliche Merkmal des Schatzes war dem, überall von realistischen Anschauungsformen ausgehenden, alten germanischen Recht: das Verborgensein eines herrenlosen Objects in der Erde. Dieses Object war zweierlei Art, nämlich ein Product der Menschen oder ein Product der Natur. Der Geldwerth war beiden gemein, und da dem König der Deutschen alles herrenlose Gut zufällt, so gehören ihm auch die Schätze beider Art. Die Glosse spricht sich hierüber und über die Regalität von beiden Arten des Schatzes auch so klar aus, daß in der That über ihre dießfällige Ansicht kein Zweifel möglich, gleich viel, ob man die Lesart „hy trennt er ertz von schatze", oder die Lesart „denn allhie er Ertz vor einen Schatz nimmt", vorzieht; denn im Grunde laufen beide auf das Gleiche hinaus, nur daß die erstere Lesart die Ansicht in Bezug auf den zweiten Satz des Artikels, die letztere dagegen solche in Bezug auf den ersten und zweiten Satz zusammen, vorzüglich hervorhebt.

Schon in dem Text des Sachsenspiegels begegnen wir nicht selten, wie auch in dem vorliegenden Artikel, einem sehr erklärlichen Berühren altdeutscher Rechtsideen mit römischen, und dürfen die Glosse nicht zu sehr tadeln, wenn sie aus einer, oft freilich zu weit ausgedehnten und verfehlten, Auffassungsweise dieses Berühren zu einer unbedingten Uebereinstimmung zu gestalten sich bemüht. Immer bleibt die Deutung der Glosse für das richtige Verständniß eines Artikels des Sachsenspiegels erheblich, wenn sich, nach Entfernung des in solcher Richtung zu weit Getriebenen, eine folgerechte Durchführung allgemeiner Rechtsprincipien in ihr vorfindet. Dieß ist hier der Fall. Die Glosse zeigt, wie der Artikel in drei Sätze zerfällt, deren erster die Regalität der Schätze beider Arten ausspricht; der zweite bei Silberbergwerken [14]) die Ausübung dieser Regalität an die Zustimmung des Grundeigenthümers knüpft; der dritte die nähern Verhältnisse des Grundeigenthümers zu dem Bergbauenden, dem er den Bau gestattet, angeht.

Daß die sächsischen Constitutionen von 1572, welche, wie Weiske selbst bemerkt, „den Sachsenspiegel sehr wohl verstehen", die bisherige Deutung des in Rede stehenden Artikels für die richtige

---

14) Oder eigentlich seiner wahren Tendenz nach, bei Bergwerken beider damals als Regale betrachteten edeln Metalle.

annehmen, ist keineswegs so geringfügig, wie Weiske es darstellt, vielmehr ein gewichtiger Grund für die Richtigkeit solcher Deutung. Für sie spricht aber auch noch neben dem Inhalt des Artikels in seinem Zusammenhange, und neben allen geschichtlichen Gründen für ein höheres Alter des Bergregals der edeln Metalle als das des Sachsenspiegels, die in dem ersten Satz des Artikels, nach echt deutschem Recht ausgesprochene Beschränkung des landesherrlichen Regalitätsrechts an allen Arten Schätzen zu Gunsten des Eigenthümers der Scholle.

Kann man aber die Ansicht Weiske's über den Artikel im Ganzen nicht theilen, so möchte eben so wenig in der von ihm ausgesprochenen Weise als richtig anzuerkennen sein, was er über den zweiten Satz desselben bemerkt, indem er darüber sagt[15]):

„es heißt in diesem Satz: „Silber darf Niemand brechen auf eines anderen Mannes Gute, ohne des Willen, des die „stat". Gewöhnlich findet man in diesen Worten nichts weiter, als daß es sich um die Zustimmung des Grundeigenthümers handele. Betrachtet man aber die Stelle genauer, so ergibt sich, daß zwei Personen hier in Betracht zu ziehen sind, nämlich der Mann des Gutes, und der, des die stat ist; zugleich ist damit aber auch darauf hingewiesen, daß Gut und stat nicht dasselbe sind. Wäre dem nicht, so wären die Worte: ohne des Willen, des die stat ist, überflüssig, oder der Verfasser würde sich weit kürzer und bestimmter ausgedrückt haben, wenn er gesagt hätte: Silber darf man nicht auf dem Gute eines Anderen ohne seine Zustimmung brechen."

„Der volle Sinn der Stelle ergibt sich erst, wenn man Folgendes erwägt. Allerdings waren die Fossilien Zubehörungen der Grundstücke im echten oder vollen Eigenthum, wie sich dieß besonders in den früheren Jahrhunderten regelmäßig in den Händen der Freien befand. Als sich aber die Beneficien und Lehen ausbildeten, als namentlich die, aus denen sich unser Bauernstand entwickelte, meist nur von einem Anderen abgeleitete Besitz- und Genußrechte an ihren Gütern hatten, überhaupt der Begriff des jetzt s. g. getheilten Eigenthums

15) A. a. O. S. 37.

üblich wurde, übertrug man das in dem alten echten Grundeigenthum liegende Recht auf die unterirdischen Bergwerksschätze nicht mit auf die, welchen nur gewisse von dem Eigenthümer oder Herrn abgeleitete Besitz und Genußrechte zustanden; es war sehr natürlich, daß sich überhaupt der Grundsatz bildete, zu Folge dessen sich der, welcher als Herr des Grundstücks dem zeitweiligen Besitzer gegenüber erschien, jene Rechte auf Fossilien vorbehielt. Somit hatten also die geistlichen und weltlichen Herren nicht nur auf ihren eigenen Besitzungen das gedachte Recht, sondern auch auf den Dorfern, deren Gutsherren sie waren. Besetzen z. B., wie der Sachsenspiegel III. 79. sagt, Bauern ein Dorf von wilder Wurzel, und gibt ihnen der Herr Erbzinsrecht an ihren Gütern, und findet nun Jemand auf einem solchen Silber, so gibt der Herr des Dorfes die Erlaubniß zum Bergbau, denn ihm gehöret die „stat".

Es lauten in der Glosse der Gärtner'schen Ausgabe die Worte nicht: „des dy stat ist", sondern „des die Stadt oder Boden ist". Diese Worte könnten aber, da sie mit dem Text in dem Zusatz: „oder Boden" nicht stimmen, auf den ersten Anblick etwa nur beweisen, wie in der Praxis eine, den bloßen Superficiarien günstigere, statt der ursprünglichen Meinung des Sachsenspiegels sich Eingang verschafft habe. Sobald man jedoch weiter der Sache nachgeht, erscheint diese Lesart doch von einer entscheidenderen Bedeutung. Erwägt man nämlich, wie der Glossator so umständlich auseinandersetzt, daß nur der das volle Eigenthum Besitzende, auf seinem Grundstück Silber zu brechen oder brechen zu lassen befugt sei, so ergibt sich allerdings von selbst, daß bloße Erbzinsleute und alle Arten Hintersassen, denen ein solches nicht zuständig, in diesem Satze nicht gemeint, vielmehr durch seine Fassung ausgeschlossen sind.

Enger läßt sich jedoch die gedachte Beschränkung, und ein in dem Artikel begründet sein sollender Unterschied zwischen „Stätte" und „Boden" nicht annehmen, wenn man nicht aus den Augen setzen will, was Berggesetze desselben Zeitalters, aus Ländern, in denen das Sachsenrecht Eingang gewonnen, über denselben Gegenstand enthalten.

In dieser Hinsicht erscheinen die Schlesischen Bergrechte für den Goldbergbau bei Löwenberg und für den Goldbergbau bei Gold-

berg sehr wichtig, da sie beide für Bergbaue, älter als der Sachsenspiegel, gegeben, mit ihm aber aus gleicher Rechtsquelle entsprungen sind. Beide Bergrechte sprechen sich auf das Bestimmteste über die Regalität des Goldbergbaues und dessen Freigeben aus. Das Löwenberger Goldrecht [16]) sagt dann, in Bezug auf den hier in Rede stehenden Gegenstand: „Wo der phluch unde ege unde sense get da sal nimand gold suchen, ane des gunst des der Acker ist. Daz recht hat Bergwerg nicht." Hier ist also offenbar nur von dem Besitzer des Grundes und Bodens, als dem, welcher die Erlaubniß zu ertheilen oder zu versagen hat, die Rede, aber auch zugleich ganz deutlich, wie diese Erlaubniß nur in Betreff cultivirten Terrains nöthig, also durch ihr Bedingen lediglich eine Beschränkung der Ausübung des landesherrlichen Bergregals, und der aus ihm hervorgegangenen Bergfreiheit, zum Besten der Agricultur, angeordnet worden.

Die Bestimmung des Goldrechts für Goldberg [17]) lautet: „Und wen das eyn mann queme eyn uswendick war" (ein Fremder) „und mutete zu sichern" (suchen) „und gebuwen" (bauen) „in eynes mannes erbe. Das sal man lasen wissen denselben man des das erb ist, und will derselbe sichern und buwen, und sin erb entfan von unsern Herren oder von sein wassermeister, den sal man im lihen als golt werksrecht ist zen sichern und zen buwen unsern Herren zu frucinen und im so hä" (er) „nuezlichst mag." Diese Bestimmung bleibt bei dem Berücksichtigen des „Erbe" stehen, und weist, so wie die des Löwenberger Goldrechts, nur dem Eigenthümer des Bodens das Recht, um welches es sich handelt, zu. Dieses Recht erscheint übrigens bei Goldberg in einer veränderten Gestalt, nämlich als ein bloßes Vorzugsrecht des Grundeigenthümers vor dem auf seinem Terrain muthenden Fremden.

Ob es in dieser Gestalt in dem vorliegenden Art. des Sachsenspiegels gemeint sein könne, mag bezweifelt werden, weil er sich darüber nicht ausspricht. Möglich ist es in so fern, als dieser

---

16) S. Gaupp, das Schlesische Landrecht, Leipzig 1828. S. 229 u. f. wo auch die früheren Abdrücke erwähnt sind.

17) S. v. Ledebur's allgemeines Archiv für die Geschichtskunde des preußischen Staats, Band IV. S. 379.

Artikel überhaupt die Sache nur oberflächlich berührt. Eben so kann aber auch diese Gestaltung des Rechts erst später bei weiterer Entwicklung des Bergregalitätsverhältnisses sich herausgebildet haben, da wir das Goldrecht von Goldberg nicht in seiner ursprünglichen, sondern erst in einer Redaction aus der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts besitzen.

Für die Weiske'sche Auslegung des zweiten Satzes des Artikels könnte die in dem dritten enthaltene Festsetzung geltend zu machen versucht werden: daß dem, des die Stätte ist, wenn er einem Anderen zum Silberbergbau darauf Erlaubniß gibt, über diesen Bergbau die Vogtei zukommt. Unter „Vogtei" nämlich kann hier, wie überall, wohl nichts anders verstanden werden, als eine Schutz- und Schirm-Herrlichkeit [18]), deren Ausüben einen Complex von administrativen, gerichtlichen und polizeilichen Befugnissen, je nach Beschaffenheit des Gegenstandes und der zeitweisen Legislation und Staatsverfassung modificirt, in sich faßt; und ganz mit Recht nimmt demnach Weiske [19]) dafür an, „daß man bei dieser Vogtei an ähnliche Rechte, wie die waren, welche (nach seiner Meinung) die Landesherren als Burgherren in Bezug auf den Bergbau in ihrem Lande ausübten, zu denken habe." — Ueber den Begriff der Vogtei bei dem Bergbaue geben u. A. die Bergwerksverträge der Kaiser Ferdinand I. (1534) und Maximilian II. (1575) mit den böhmischen Ständen Fingerzeige. Darnach bestellten die Grundherren die Bergmeister, welche in ihrem Namen Schürfscheine und Belehnungen ertheilten u. s. w. — Daß dergleichen Rechte bloßen Hintersaßen nicht beigelegt werden konnten, lag in dem Standesverhältniß dieser Hintersaßen; keineswegs aber läßt sich ein Grund absehen, warum in dem Jahrhundert, in dem der Sachsenspiegel entstand, wie in frühern, nicht jedem schöffenbaren Mann auf seinem Allode dergleichen Rechte hätten zustehen mögen. Eben von ihr und ihrem Allode handelt es sich aber hier. — Die Vogtei führte nach ihren verschiedenen Objecten für ihren Besitzer gewisse Früchte mit sich, und diese hat der Sachsenspiegel hier zwar nicht näher

18) Vergl. Eichhorn's deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, §§. 51. 373. Mittermaier's Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts (7. Aufl.) §. 48 (besonders die Schriften in Note 34).

19) A. a. O. S. 36.

bezeichnet, doch wohl hauptsächlich um ihretwillen der Vogtei erwähnt. Sie bestanden bei dem Bergbau, außer dem Genuß des ganzen oder doch — mit dem Landesherren theilend — halben Zehent, in einem, verschiedentlich regulirten, freien Antheil an dem Ganzen der Zeche — „Ackertheil" — (späterhin Erbkur, Freikuxe) genannt; und auch in dieser Beziehung bietet das alte Goldrecht von Goldberg eine beachtenswerthe Andeutung, indem es (nachdem dasselbe vorher von dem in 1/12 bestehenden überall eintretenden landesherrlichen Zehnten gesprochen) sagt: „do nach" (nämlich nachdem der Zehent vorweg erhoben) „iglichen des das erb ist ein frei achteil von allem goltwerke" u. s. w., „das fry Achteteil das sal iglich gebuwir von sinen erbe mit sine velcheren*) (seinem Vogte?) teylen Also das her is halb behalde und syn erbherre halb."

Aus dieser Stelle läßt sich vielleicht die Vermuthung entnehmen, daß schon sehr früh über das Vogteiverhältniß und seine Früchte Irrungen entstanden, welche man in eben angeführter Weise da auszugleichen suchte, wo — wie bei dem Goldberger Bergbau — die eigentlichen vogteilichen Rechte nur der Landesherr besaß, und durch seine Bergwerksbehörde ausübte.

*) Vielleicht i velch-heren, Befehl-Herren? R.

VII.

Die preußischen Gesetze
über
Glaubens- und Religionsfreiheit
vom 30. März 1847.

Von

Wilda*).

Kaum zwei Wochen, nachdem die obigen Betrachtungen und Erörterungen über Gewissensfreiheit an den Verlags- und Druck-Ort der Zeitschrift abgeschickt worden waren, brachte die Gesetzsammlung das königliche Patent vom 30. März 1847, die Bildung neuer Religionsgesellschaften betreffend, nebst einer Zusammenstellung landrechtlicher Bestimmungen, einer Verordnung und einem königlichen Befehl von demselben Tage, wie sie unten anhangsweise abgedruckt sind. Es würden diese Erlasse sicher noch eine lebendigere Theilnahme erweckt und bereits der Gegenstand mannigfaltigerer Besprechung geworden sein, wenn ihr Erscheinen nicht mit einem Ereigniß zusammengetroffen wäre, dem an Bedeutung für unser gesammtes deutsches Vaterland Nichts, was sich seit 1815 begeben, gleichzusetzen sein möchte — der Eröffnung des preußischen Landtages. Eine kurze Betrachtung derselben erscheint als eine nothwendige Ergänzung der schon gedachten Abhandlung über Gewissensfreiheit; dabei ist es jedoch weniger auf eine Kritik der neuen Erlasse abgesehen, als auf eine kurze Darlegung und Erörterung ihres Inhaltes, indem die Ansichten, welche für den Verfasser bei der Beurtheilung im Wesentlichen maaßgebend sein würden, bereits

---

*) Dieser Aufsatz kam an, nachdem die vorhergehenden Bogen schon gedruckt waren, und konnte daher der Abhandlung Nr. V. nicht mehr unmittelbar beigefügt werden. Indessen ist der Gegenstand so bedeutsam und in gegenwärtigem Aufsatze so eingehend behandelt, daß dieser wohl eine besondere Stelle einnehmen kann.

R.

in jener Abhandlung mitgetheilt sind und Wiederholungen möglichst zu vermeiden waren.

Es ist in der Abhandlung mehrfach darauf hingewiesen worden, wie die Keime der Religionsfreiheit, gepflegt von großen Regenten, in dem preußischen Staat vorzugsweise einen gedeihlichen Boden gefunden haben. Sie waren dort so erstarkt, daß selbst in dem Religionsedict v. 1788 „völlige Gewissensfreiheit" und „die Aufrechthaltung der den preußischen Staaten von jeher eigenthümlich gewesenen Toleranz" zugesichert worden sind. Die engern Gränzen aber, welche durch eben jenes Edict gezogen worden waren, indem es die Duldung auf die Juden und die bereits zugelassenen und historisch berechtigten kleineren christlichen Religionsgemeinschaften oder Sekten beschränkt hatte, sind durch das Landrecht wieder gebrochen worden, da dasselbe, von dem Princip allgemeiner Duldung ausgehend, nicht nur volle Bekenntnißfreiheit, sondern auch Cultusfreiheit, oder das Recht, sich zu gemeinsamer Gottesverehrung nach eigener religiöser Ueberzeugung zu vereinigen, in einer Weise anerkannt hat, wie es bis jetzt in keinem deutschen Staate geschehen ist. Dadurch zeichnet sich das Landrecht vor allen anderen deutschen Gesetzgebungen aus, wie viel sonst auch im Einzelnen gegen den kirchenrechtlichen Theil desselben einzuwenden sein möchte. Diese Gesetzgebung hat nun durch das Patent v. 30. März eine neue Bestätigung erhalten, indem darin der König verkündet, daß „wie er einerseits entschlossen sei, den in den Preußischen Staaten geschichtlich und nach Staatsverträgen bevorrechteten Kirchen, der evangelischen und römisch-katholischen, nach wie vor seinen kräftigsten landesherrlichen Schutz angedeihen zu lassen und sie im Genuß ihrer besondern Gerechtsame zu erhalten, es andrerseits sein unabänderlicher Wille sei, seinen Unterthanen die in dem allgemeinen Landrecht ausgesprochene Glaubens- und Gewissensfreiheit unverkümmert aufrecht zu erhalten, und ihnen, nach Maßgabe der allgemeinen Landesgesetze, die Freiheit der Vereinigung zu einem gemeinsamen Bekenntnisse und Gottesdienst zu gestatten." Unter diesen allgemeinen Landesgesetzen dürfte wohl vorzüglich wieder das Landrecht selbst zu verstehen sein, denn dieses ist es ja eben, welches jene Freiheit in Preußen gesetzlich ausgesprochen hat, indem es in einem hohen und freien Sinn die Bedingungen aufge-

stellt, unter welchen jede Religions- oder Kirchengesellschaft auf Genehmigung rechnen darf.

I. Die Zusammenstellung.

Mit dem Patente und gleichsam als Beilage zu demselben ist eine „Zusammenstellung der im allgemeinen Landrechte enthaltenen Bestimmungen über Glaubens- und Religionsfreiheit" bekannt gemacht worden. Dieselbe besteht nicht, wie man vermuthen könnte, in einer wörtlichen Wiederholung der an verschiedenen Orten vorkommenden Bestimmungen; bald ist der Inhalt eines oder mehrerer §§. in wenigen Worten wieder gegeben, bald ein einzelner §. erklärend weiter ausgeführt u. s. w. Es trägt diese Zusammenstellung daher mehr den Charakter einer Auslegung des Landrechtes, in welcher die Verfasser manche Bestimmungen des Landrechts anders aufgefaßt haben, als es von mir in der Abhandlung (ohne daß ich, so viel mir bekannt, von dem gewöhnlichen Verständniß abgewichen wäre) geschehen ist. Im eigenen Interesse, um mich nämlich selbst zu belehren und dem wissenschaftlichen Publikum das Material zur Beurtheilung darzulegen, mußte ich mich zur Prüfung jener Zusammenstellung und zu einer genauen Vergleichung mit dem Landrecht veranlaßt sehen. Aber auch im allgemeinen Interesse ist es wichtig, daß bei einem Gegenstand von solcher Bedeutung Alles hell und klar vorliegt, jeder mögliche Zweifel beseitigt und Mißverständnissen vorgebeugt werde. Uebrigens ist in dem Patente keinesweges ausgesprochen, daß die Zusammenstellung als solche Gesetzes-Kraft habe, an die Stelle des Landrechtes selbst treten solle; es würden daher die Abweichungen von demselben, wofern solche wirklich stattfinden sollten, nicht von erheblichen Folgen sein können, so bald die Gerichte über Fälle, bei welchen es sich um Anwendung jener Bestimmungen handelt, zu entscheiden hätten. Anders möchte sich dieses schon bei den Administrativ-Behörden gestalten, und die „Zusammenstellung" wird daher um so wichtiger, als der König am Schluße des Patents (in dessen Eingang schon auf die Zusammenstellung Bezug genommen ist) sich vorbehalten hat: „die über Zulassung und Bildung von Religionsgesellschaften bestehenden, in der Zusammenstellung enthaltenen Vorschriften des allgemeinen Landrechts durch besondere gesetzliche Bestimmungen zu ergänzen" — als mithin die in der Zusammenstellung enthaltenen

Sätze, unter Voraussetzung ihrer vollkommenen Uebereinstimmung mit der Vorschrift des Landrechtes selbst, der künftigen Gesetzgebung zur Grundlage dienen sollen. In der Zusammenstellung sind drei Arten von Religionsgesellschaften unterschieden worden: bloße Privatgesellschaften (Absatz Nr. 2.), geduldete Kirchengesellschaften (Nr. 4.) und öffentlich aufgenommene Kirchengesellschaften (Nr. 5.). Wir wollen zunächst bei den geduldeten Religionsgesellschaften stehen bleiben und den Absatz 4 der Zusammenstellung mit den entsprechenden §§. des Landrechtes vergleichen. Es heißt daselbst:

„Erhält eine Religionsgesellschaft die Genehmigung des Staats, so erlangt sie dadurch die Rechte einer geduldeten Kirchen-Gesellschaft, und ist demgemäß befugt, gottesdienstliche Zusammenkünfte in gewissen dazu bestimmten Gebäuden anzustellen, und hier sowohl als in den Privatwohnungen der Mitglieder, die ihren Religionsgrundsätzen gemäßen Gebräuche auszuüben. (§. 22. 23. Th. 2. Titel 11.)"

Das Landrecht bestimmt dagegen Folgendes:

§. 20. „Eine Religionsgesellschaft, welche der Staat genehmigt, ihr aber die Rechte öffentlich aufgenommener Kirchen-Gesellschaften nicht beigelegt hat, genießt nur die Befugniß geduldeter Gesellschaften. (Tit. 6. §. 11. sqq.)"

§. 21. „Jede Kirchengesellschaft, die als solche auf die Rechte einer geduldeten Anspruch machen will, muß sich bey dem Staate gebührend melden, und nachweisen, daß die von ihr gelehrten Meinungen nichts enthalten, was den Grundsätzen des §. 13. zuwider läuft."

§. 22. „Einer geduldeten Kirchengesellschaft ist die freie Ausübung ihres Privat-Gottesdienstes gestattet."

§. 23. „Zu dieser gehört die Anstellung gottesdienstlicher Zusammenkünfte in gewissen dazu bestimmten Gebäuden, und die Ausübung der ihren Religionsgrundsätzen gemäßen Gebräuche sowohl in diesen Zusammenkünften, als in den Privatwohnungen der Mitglieder."

§. 24. „Eine bloß geduldete Kirchengesellschaft kann aber das Eigenthum solcher Gebäude ohne besondere Erlaubniß des Staats nicht erwerben."

§. 25. „Ihr ist nicht gestattet, sich der Glocken zu bedienen oder

öffentliche Feierlichkeiten ausserhalb den Mauren des Versammlungshauses anzustellen."

§. 26. „Die von ihr zur Feier ihrer Religionshandlungen angestellten Personen genießen, als solche, keine besondere persönlichen Rechte."

Diese §§. insbesondere §. 20 und 21. verglichen mit §. 10 u. 11. scheinen mir nun zu ergeben: 1) daß das Landrecht, in Uebereinstimmung mit der Rechtsverfassung aller andern deutschen Staaten, nur zwei Arten von Religions- oder Kirchengesellschaften, kennt: öffentlich aufgenommene und geduldete. 2) Daß eine jede Religionsgesellschaft zu ihrem Bestand einer Genehmigung des Staats, wie es das Reformationsrecht seiner neuern Auffassung gemäß mit sich bringt, bedarf, während Gesellschaften zu anderen beliebigen, nur nicht unerlaubten, Zwecken, auch ohne Genehmigung des Staats erhalten zu haben, errichtet werden und bestehen können [1]. 3) Daß ferner der Staat, d. h. hier der Landesherr, einer solchen aufzunehmenden Religionsgesellschaft die Rechte der öffentlich aufgenommenen oder nur geduldeten beilegen kann. Die Gerechtsame der geschichtlich und nach Staatsverträgen bevorrechteten Kirchen gehen jetzt aber in keinem deutschen Staate so weit, daß dadurch die Aufnahme von andern Religionsgesellschaften, die Verleihung von besondern Rechten an dieselbe verhindert werden könnte. 4) Daß Einwohner des Staats, welche sich zur Feier des Gottesdienstes verbunden (d. h. zu einer Kirchengesellschaft sich vereinigt) haben, die Genehmigung des Staats in Anspruch nehmen können, wenn sie gemäß dem §. 13. nachweisen, daß ihre Grundsätze nichts enthalten, „was der Ehrfurcht gegen die Gottheit, dem Gehorsam gegen die

1) Landr. II. 6. §. 1. Unter Gesellschaften überhaupt werden Verbindungen mehrerer Mitglieder zu einem gemeinschaftlichen Endzweck verstanden. §. 2. Insofern dieser Zweck mit dem gemeinen Wohl bestehen kann, sind dergleichen Gesellschaften erlaubt. §. 3. Gesellschaften aber, deren Zweck und Geschäfte der gemeinen Ruhe, Sicherheit und Ordnung zuwiderlaufen, sind unzuläßig und sollen im Staate nicht geduldet werden. §. 4. Auch an sich nicht unzulässige Gesellschaften kann der Staat verbieten, sobald sich findet, daß dieselben andern gemeinnützigen Absichten und Anstalten hinderlich oder nachtheilig sind.

Gesetze — zuwiderläuft." Dieser letztere Satz, wodurch sich das preußische Landrecht vor allen übrigen deutschen Gesetzgebungen, wie dieß in der vorstehenden Abhandlung ausführlicher nachgewiesen, auszeichnet, tritt in der Zusammenstellung keineswegs ganz deutlich und bestimmt hervor, indem man durch die Art, wie er unter Nr. 3. mitgetheilt worden ist, zu der Ansicht verleitet werden könnte, daß, wenn auch jener Nachweis erfolgt ist, doch die Genehmigung des Staates noch in Frage gestellt bleiben könnte. 5) Daß der Anspruch einer solchen zuzulassenden Religionsgesellschaft nicht weiter geht, als auf Ertheilung der Rechte einer geduldeten Kirchengesellschaft.

Als solche genießt sie aber a) wiewohl ihr Zweck Gottesverehrung, also doch wohl ein „fortdauernd gemeinnütziger" (Landr. II. 6. §. 25.) ist, nur die Befugniß einer geduldeten Gesellschaft, d. h. sie wird, wie sich aus der Verweisung auf Tit. 6. §. 11. ff. ergibt, nur als (allgemein gesetzlich) erlaubte, als bloße Privatgesellschaft, aber nicht als „eine vom Staate ausdrücklich genehmigte Gesellschaft" betrachtet. Dieses ist denn namentlich oftmals in Ministerialrescripten in Beziehung auf die Juden ausgesprochen worden. So heißt es z. B. in einem Rescript des Minist. des Innern vom 23. Juni 1823: „Unter den Juden besteht keine politische, sondern blos eine kirchliche Verbindung. Als Kirchengesellschaften betrachtet, gehören Judenschaften aber zu den blos geduldeten, genießen mithin nach der Vorschrift des Allgem. Landr. II. 11. §. 20. nur die Befugnisse erlaubter Privatgesellschaften [2]). Eine solche Gesellschaft stellt aber namentlich keine moralische Person vor, weßhalb „sie auch nicht ohne besondere Erlaubniß das Eigenthum an den zu ihren religiösen Zusammenkünften dienenden Gebäuden erwerben kann," während die öffentlich aufgenommenen Kirchengesellschaften die Rechte privilegirter Corporationen haben [3]), das heißt hier aber nicht blos durch einen besondern Akt der gesetzgebenden Gewalt, durch eine lex specialis zugelassener, sondern auch noch mit besonderen

---

2) Mehrere in v. Rönne und Simon, Verhältnisse der Juden S. 77 ff.

3) So heißt es auch in dem Baier. Religionsedikte von 1818 §. 32.: Eine Religionsgesellschaft, welche die Rechte öffentlich aufgenommener Kirchengesellschaften bei ihrer Genehmigung nicht erhalten hat, wird nicht als eine öffentliche Korporation, sondern als eine Privatgesellschaft geachtet.

Vorzügen ausgestatteter Corporationen, auf welche Vorzüge eine blos geduldete Kirchengesellschaft keinen Anspruch machen kann. b) Als geduldet ist eine Kirchengesellschaft nur zum Privatgottesdienst berechtigt (§. 22.); worin dieser besteht, wodurch er sich von dem öffentlichen unterscheidet, ist in §. 23. 25. angegeben. Und endlich c) genießen die zur Feier ihrer Religionshandlungen bestellten Personen als solche keine persönlichen Vorrechte, wie die einer öffentlich aufgenommenen, welche mit andern Beamten des Staates gleiche Rechte haben. Die §§. 24—26. des Landr. sind in dem Absatz 4 der Zusammenstellung, mit welchem wir uns hier beschäftigen, nicht besonders berücksichtigt, was sich in Beziehung auf §. 24. u. 26., aber nicht rücksichtlich des wichtigen §. 25. daraus erklären läßt, daß sie nur einen Gegensatz zu den im fünften Absatz allegirten §. 17. 19. (II, 11.) bilden. Dagegen findet sich in der Zusammenstellung über geduldete Gesellschaften noch folgende Stelle:

„Sie (die vom Staate genehmigte Religionsgesellschaft) bleibt dabei (bei ihren gottesdienstlichen Zusammenkünften) der Oberaufsicht des Staats unterworfen und letzterer ist berechtigt, von dem, was in ihren Versammlungen gelehrt und verhandelt wird, Kenntniß einzuziehen. §. 32. 38. Landr. II, 11."

„Im Uebrigen bestimmen sich ihre Rechte nach der besondern Concession, welche ihr vom Landesherrn ertheilt wird. §. 20. 29. ebend. §. 22. Landr. II, 6."

Der erste dieser beiden Sätze ist in den angezogenen §§. des Landrechts für jede Kirchengesellschaft, möge sie öffentlich aufgenommen oder nur als geduldete recipirt sein, ausgesprochen. — Der andere findet sich in dieser Fassung im Landrecht gar nicht; doch kann man im Sinn desselben ihn dahin verstehen: a) sollen einer geduldeten Religionsgesellschaft in bürgerlicher Beziehung weitere Rechte als einer anderen erlaubten, aber nicht ausdrücklich genehmigten und privilegirten Gesellschaft zukommen, namentlich Corporationsrechte, so müssen diese ihr besonders beigelegt sein, wie sich dieß aus §. 20. Landr. II, 11. ergibt. b) Wenn Mitglieder einer Religionsgesellschaft, oder diese selbst nicht von den nachtheiligen Folgen betroffen werden sollen, welche mit der Nichtbefolgung gewisser Staatsgesetze verbunden sind, an deren Beobachtung sie durch ihre Religionsmeinungen verhindert werden, so muß eine Ausnahme von den Staatsgesetzen ausdrücklich zugelassen sein. Dieses bestimmen §. 27—31.

in Beziehung auf öffentlich aufgenommene sowohl, als auf geduldete Kirchengesellschaften. So allgemein, wie der Satz in der Zusammenstellung gefaßt ist, könnte man ihn aber auch dahin deuten wollen: An sich erhält eine Kirchengesellschaft durch ihre Aufnahme als geduldete nur das Recht, gottesdienstliche Zusammenkünfte zu halten — und die ihren Religionsgrundsätzen gemäßen Gebräuche auszuüben; alles Weitere hängt von der besondern Concession ab. Damit wären aber alle jene ältern Streitfragen über das, was zum Wesen des Privatgottesdiensts und den sog. annexis gehört (wovon in dem Aufsatz über Gewissensfreiheit gehandelt worden), wieder erweckt, und ein weites Feld möglicher Beschränkungen eröffnet.

Eine der hier einschlägigen Fragen, in Beziehung auf welche mir nicht ganz klar geworden, wie die Vorschriften des Landrechts in der Zusammenstellung aufgefaßt worden, ist diese: ob die zur Feier der Religionshandlung bestellten Personen in einer geduldeten Kirchengesellschaft, auch ohne besondere Concession, das Recht haben, Religionshandlungen, von welchen die Gewißheit oder Bestimmung bürgerlicher Rechte abhängt, mit bürgerlicher Wirksamkeit vorzunehmen? Damit hängt zusammen eine andere gleich wichtige Frage: ob die Mitglieder einer geduldeten Religionsgesellschaft, insofern sie nicht besonders eximirt sind, dem Pfarrzwang und den Parochiallasten in Beziehung auf die öffentlich aufgenommenen Religionsgesellschaften unterworfen sind? Die Bestimmungen des Patentes, wodurch diese Fragen einen Theil ihrer praktischen Bedeutung allerdings verloren haben, lassen wir vorläufig bei Seite, und halten uns blos an das Landrecht. Dieses scheint mir nun aber, wiewohl es den bei einer geduldeten Kirchengesellschaft zur Religionsfeier bestellten Personen (welche es, wenn sie einer christlichen Kirchengesellschaft angehören, als „Geistliche" bezeichnet §. 59. Thl. II. Tit. 11.) die Rechte und Privilegien der Staatsbeamten abspricht (§. 19. 26. Thl. II. Tit. 11.), die erstere Frage allerdings zu bejahen.

„Eine vollgültige Ehe — heißt es im Ldr. Th. II, Tit. 1. §. 136. 137. — wird durch priesterliche Trauung vollzogen." — „Zwischen Personen fremder im Staate geduldeter Religionen wird die Vollziehung einer vollgültigen Ehe lediglich nach den Gebräuchen ihrer Religion beurtheilt."

Ferner gehört hieher §. 498. Thl. II. Tit. 11. des Allg. Landrechts.

„Diejenigen, welche einer bloß geduldeten mit keiner Kirchenanstalt versehenen Religionsparten zugethan sind, müssen die unter ihnen vorgekommenen Geburten, Heirathen und Sterbefälle dem Pfarrer des Kirchspiels, in dessen Bezirk sie wohnen, zur Eintragung in das Kirchenbuch anzeigen."

Ich verstehe dieß dahin, daß auch, wenn die Mitglieder einer Religionspartei minder zahlreich sind und keine organisirte Kirchengesellschaft bilden, dennoch die bürgerliche Gültigkeit der Ehe u. s. w. durch Beobachtung der Gebräuche ihrer Religion bewirkt, und nur die Anzeige an den Pfarrer des Kirchspiels zur Pflicht gemacht, also ein eigentlicher Pfarrzwang ausgeschlossen werde. Damit stimmt überein, was das Landrecht über die Parochiallasten in §. 261. a. a. O. anordnet:

„Es soll Niemand bei einer Parochialkirche von einer andern als derjenigen Glaubenspartei, zu welcher er sich selbst bekennt, zu Lasten und Abgaben, welche aus dem Parochialverbande fließen, angehalten werden, wenn er gleich in dem Pfarrbezirke wohnt und Grundstücke besitzt."

Ein älteres Gesetz, das Edikt wegen der Mennoniten in Preußen, mit Ausnahme von Schlesien, vom 30. Juli 1789, welches für diese (§. 2—4.) die Parochialpflichtigkeit festgesetzt hat, gibt sich selbst in einer solchen Weise für ein Ausnahmegesetz, daß man daraus entnehmen kann, wie jene Regel, welche wir im Landrecht zu finden glauben, schon früher befolgt worden ist; denn im §. 5. heißt es:

„Weil es aber bei diesem Gesetz gar nicht auf Unterschied der Religionen, sondern lediglich darauf ankommt, daß das Cantorwesen in unseren Staaten nicht geschwächt werde, so folgt auch, daß, wenn Mennonisten sich künftig in katholischen Kirchspielen ansässig machen, sie dort gleiche Verbindlichkeiten als in den protestantischen Kirchspielen übernehmen müssen."

Die Nichtleistung der Kriegsdienstpflicht von Seite der Mennoniten war hier das Entscheidende, wie bei der ganzen die Mennoniten betreffenden Gesetzgebung. Als die Juden durch das Edikt vom 11. März 1812 staatsbürgerliche Rechte erlangten, wurde festgesetzt (§. 15.), daß sie gleiche Lasten mit den übrigen Staatsbürgern zu tragen hätten, mit Ausnahme der Stolgebühren. End-

lich scheint mir Obiges auch durch die Generalconcession für die sog. **Altlutheraner** vom 23. Juli 1845 beseitigt zu sein, worin §. 10. bestimmt ist, daß

„in Ansehung der Verpflichtung zu den aus der Parochialverbindung fließenden Lasten und Abgaben" auch bei ihnen „die Vorschrift des §. 261. Thl. II. Tit. 11. des Allgem. Landr. zur Anwendung kommen" soll, soweit nicht nach **Provinzialgesetzen** oder **besonderem Herkommen** dergleichen Abgaben auch von Nichtevangelischen an evangelische Kirchen und Pfarreien zu entrichten sind u. s. w.

Von einer dritten Art von Religionsgesellschaften handelt der zweite Absatz der Zusammenstellung unter dem Namen „**Privatgesellschaft.**" — Die §§. 9—12. des Landrechts haben hierbei zur Grundlage gedient. Diese lauten:

§. 9. „Heimliche Zusammenkünfte, welche der Ordnung und Sicherheit des Staats gefährlich werden könnten, sollen, auch unter dem Vorwand des häuslichen Gottesdienstes, nicht geduldet werden."

§. 10. „Wohl aber können mehrere Einwohner des Staats, unter dessen Genehmigung, zu Religionsübungen sich verbinden."

§. 11. „Religionsgesellschaften, welche sich zur öffentlichen Feier des Gottesdienstes verbunden haben, werden Kirchengesellschaften genannt."

§. 12. „Diejenigen, welche zu gewißen anderen besondern Religionsübungen vereinigt sind, führen den Namen der geistlichen Gesellschaften."

Es ist hier in §. 11. von Gesellschaften die Rede, die sich zur Feier eines öffentlichen (allgemeinen) Gottesdienstes, d. h. zu einer besondern Art des Kultus, wodurch sich eine Religionspartei, eine Kirche, von der andern unterscheidet, verbunden haben, daher solche Vereine auch Kirchengesellschaften — die nach §. 58. aus geistlichen und weltlichen Mitgliedern bestehen — genannt werden. Wer einer solchen Kirchengesellschaft angehört, gehört dadurch einer besondern Religionspartei an. Von solchen Kirchengesellschaften wird in dem folgenden ersten Abschnitt §. 13. ff. (Landr. II. 11.) gehandelt. Es können aber auch bestimmte Mitglieder einer Religionspartei sich noch zu besonderen Religions- oder Andachtsübungen in sog. Conventikeln verbinden,

welche neben dem öffentlichen, d. h. allgemeinen, Gottesdienst hergehen, so daß dadurch keine Lossagung von einer Kirchengemeinschaft, noch die Errichtung einer solchen begründet oder beabsichtigt wird [4]). Von diesen ist im §. 10. die Rede. Ferner können einzelne Mitglieder einer Kirchengemeinschaft noch besondern geistlichen Gesellschaften angehören, die zu Beobachtung geistlicher Uebungen durch Ordensregeln u. dgl. verpflichtet sind. Darauf bezieht sich §. 12. Auch ist von solchen geistlichen Gesellschaften weiter §. 939 ff. die Rede. In der Zusammenstellung §. 2. heißt es nun aber:

„Einzelnen steht es frei, mit Genehmigung der Obrigkeit, sich zu Religions-Uebungen zu verbinden und gemeinschaftliche Zusammenkünfte zu halten, insoweit dadurch nicht die gemeine Ruhe, Sicherheit und Ordnung gefährdet wird — §. 9. 10. Thl. II. Tit. 11.; §. 1—3. Thl. II. Tit. 6. — eine solche Verbindung hat aber nur dieselben Rechte, wie jede andere erlaubte Privatgesellschaft §. 11—14. Thl. II. Tit. 6." — „Sie steht als solche unter der fortwährenden Aufsicht des Staats, welcher sie verbieten kann, sobald sich findet, daß sie anderen gemeinnützigen Absichten und Anstalten hinderlich oder nachtheilig ist, — §. 4. Thl. II. Tit. 6. — und ihre Mitglieder bilden auch, wenn sie die Aussonderung von den im Staate aufgenommenen Kirchengesellschaften bezwecken, dennoch keine rechtlich bestehende besondere Religionspartei, sondern fürerst nur eine bloße Privatgesellschaft, und werden in rechtlicher Beziehung — nach wie vor — als Angehörige derjenigen Religionspartei angesehen, zu der sie bis dahin gehört

4) In einer Kabinetsordre vom 9. Mai 1834 ist „zur Beseitigung der Zweifel, welche aus den §§. 7—10. Thl. II. Tit. 11. des Allgem. Landr. über die Gränze erlaubter außerkirchlicher Zusammenkünfte zu Religionsübungen und die Ahndung ihrer Uebertretung hergeleitet werden," von Sr. Majestät erklärt worden, „daß zu dem häuslichen Gottesdienst nur den Mitgliedern des Hausvaters und den bei ihm wohnenden, seiner Zucht unterworfenen Personen der Zutritt gestattet, jede diese Gränze überschreitende Zusammenkünfte zu außerkirchlichen Religionsübungen, welche ohne obrigkeitliche bei dem Consistorio der Provinz nachzusuchende Genehmigung erfolgt, verboten ist" u. s. w.

haben, insoweit nicht besondere Gesetze Ausnahmen davon begründen."

Nach diesen Sätzen könnte es scheinen, als habe das Landrecht — welches nicht nur das Recht der Einzelnen, sich zu Religionsübungen zu verbinden (§. 10.), sondern auch zu Kirchengesellschaften zu vereinigen (§. 11.) anerkannt hat — sowohl zwischen öffentlich aufgenommenen und geduldeten Religionsparteien unterscheiden wollen, als auch noch zwischen rechtlich und mehr nur faktisch geduldeten Religionsgesellschaften, d. h. solchen, welchen gesetzlich im Staate die Religionsübung zugelassen und anderen, welche nur eine obrigkeitliche (also wohl nur von den Behörden, nicht von dem Landesherrn selbst ertheilte) Erlaubniß zu gemeinschaftlichen Zusammenkünften und Religionsübungen erhalten haben [5]). Den neueren Zeitereignissen gegenüber könnte dieß als eine Lücke erscheinen, und die Zusammenstellung hat diese durch Combination und Deutung verschiedener Bestimmungen, wie es scheinen will, zu ergänzen gesucht. Demgemäß sollen die faktisch geduldeten Religions- oder Kirchengesellschaften als bloße Privatgesellschaften betrachtet werden, d. h. es wird staatlich oder obrigkeitlich ignorirt, daß religiöse Ueberzeugung es ist, worauf die Vereinigung beruht, daß Cultus, Gottesdienst der Zweck derselben sei; sie sollen also wie Vereine zu irgend anderen gewerblichen, wissenschaftlichen oder Unterhaltungszwecken angesehen werden. Das Landrecht nennt aber alle Gesellschaften, welche sich zu Religionsübungen vereinigt haben, Religionsgesellschaften, und alle Religionsgesellschaften, welche sich zur öffentlichen Feier des Gottesdienstes verbunden haben, Kirchen-

5) Das Landrecht setzt allerdings die Möglichkeit neu sich bildender Kirchengesellschaften voraus; allein es scheinen sich die Verfasser desselben den Fall, daß eine neuentstandene Kirchengesellschaft noch in einem Zustande der Ungewißheit ihrer Anerkennung schwebt, gar nicht vergegenwärtigt zu haben, und noch weniger haben sie sich wohl einen solchen Zustand, als ein möglicherweise durch die Umstände und Ereignisse sich verlängerndes und unbestimmt dauerndes Provisorium gedacht. Daher ist es ihnen auch wohl kaum in den Sinn gekommen, Bestimmungen über solche Kirchen- oder Religionsgesellschaften, welche zwischen den verbotenen und rechtlich geduldeten gewissermaßen in der Mitte stehen, die man administrativ oder auch faktisch geduldete nennen könnte — aufzustellen.

gesellschaften. Für diese gelten aber andere Grundsätze, welche Thl. II. Tit. 11. §. 13. ff. angegeben sind, als für Privatgesellschaften, von welchen Thl. II. Tit. 6. die Rede ist. Die Grundsätze dieses letztern Titels können daher nicht ohne Weiteres auf jene angewendet werden. Zwar sagt §. 20. Thl. II. Tit. 11. „eine Religionsgesellschaft, welche der Staat genehmigt — genießt nur die Befugniß geduldeter Gesellschaften. (Tit. 6. §. 11 ff.)" und geduldete und Privatgesellschaft wird im Landrecht gleichbedeutend gebraucht. Aber hier ist ja von den gesetzlich, nicht von den faktisch geduldeten Religionsgesellschaften die Rede. Einer als geduldeten Kirchengesellschaft genehmigten Gemeinschaft wird man doch nicht den kirchlichen oder religiösen Charakter absprechen können und wollen, wenn ihr auch sonst nur die Rechte einer Privatgesellschaft zukommen? Wenn das Landrecht gewiße ausdrücklich genehmigte Kirchengesellschaften nur als Privatgesellschaften qualificirt, so ist dieß in einem ganz andern Sinn geschehen, als in welchem in der Zusammenstellung den faktisch geduldeten dieser Charakter beigelegt wird. Auch darf nicht unbeachtet gelassen werden, daß in dem angeführten §. 20. nicht auf den ganzen sechsten Titel, sondern nur auf §. 11. und die folgenden verwiesen wird, während die Zusammenstellung nicht nur §. 1—3. heranzieht, sondern auch auf jene von der Obrigkeit genehmigten (Religions-)Gesellschaften den §. 4. anwendet, nach welchem „der Staat auch an sich nicht unzulässige Gesellschaften verbieten kann, sobald sich findet, daß dieselben andern gemeinnützigen Absichten und Anstalten hinderlich und nachtheilig sind." Daß Gesellschaften zu gewerblichen und ähnlichen Zwecken, insbesondere wenn sie nicht einmal eine Concession erhalten haben, aus solchen Rücksichten verboten werden können, ist staatsrechtlichen Grundsätzen vollkommen angemessen; Kirchengesellschaften können aber nach den Principien des Landrechts wohl nur dann verboten, d. h. es kann ihnen die zu ertheilende Genehmigung nur dann verweigert, die ertheilte nur dann entzogen werden, wenn sie den Anforderungen des §. 13. nicht entsprechen, also wenn sie unterlassen, „ihren Mitgliedern Ehrfurcht gegen die Gottheit, Gehorsam gegen die Gesetze, Treue gegen den Staat und sittlich gute Gesinnungen gegen ihre Mitglieder einzuflößen;" Privatvereine zu besonderen Religionsübungen endlich und noch nicht genehmigte Kirchengesellschaften, wenn man diese jenen gleichsetzen will, sind nur dann nicht zu

dulden, wenn sie „der Ordnung und Sicherheit des Staats (§. 9. II. 11.) gefährlich werden möchten.“ Eine Folge davon, daß die nur faktisch geduldeten Religionsgesellschaften als bloße Privatgesellschaften angesehen werden, ist dann auch, daß „die Mitglieder derselben in rechtlicher Beziehung nach wie vor als Angehörige derjenigen Religionspartei angesehen werden, zu der sie bis dahin gehört haben, mithin auch dem Pfarrzwang und den Parochialabgaben unterworfen bleiben. Diese Grundsätze hat man früher auf die Altlutheraner in Anwendung gebracht; denn als man es aufgegeben hatte, dieselben zum Wiederanschluß an die Landeskirche zu bewegen, war im J. 1842 ein Regulativ erlassen worden, nach welchem, wie Huschke berichtet, sie nicht einmal die Rechte einer geduldeten Kirchengesellschaft erhalten sollten. Nur Privatvereine zur Erbauung und eigene Geistliche, die aber von den Behörden examinirt sein mußten, wurden ihnen gestattet; in jeder kirchlichen Beziehung sollten sie, nur mit wenig mildernden Modifikationen, zur Landeskirche und deren Parochien gerechnet werden [6]). — In einer solchen Stellung befinden sich jetzt auch in Preußen die katholischen Dissidenten und die sog. freien Gemeinden, nur daß sich schon vor den neuesten Gesetzen das Verhältniß der Ersteren faktisch in mancher Beziehung günstiger gestaltete, indem sie aus der katholischen Kirche und den früheren Parochialverhältnissen als ausgeschieden betrachtet wurden und angenommen zu werden schien, daß zu einem solchen Ausscheiden und Anschluß, wie es bei dem Uebergang zu einer anderen Religionspartei oder Kirchengesellschaft nach preußischem Rechte der Fall ist, nur ausdrückliche Erklärung oder Theilnahme an solchen Religionshandlungen, wodurch eine Partei von der andern sich wesentlich unterscheidet, also insbesondere Genuß des Abendmahls nach dem Ritus der Dissidenten, erfordert werde [7]).

---

6) E. Huschke, über den Sinn der Generalconcession S. 4.

7) Preuß. Landr. II, 11. §. 41. Der Uebergang von einer Religionspartei zur andern geschieht in der Regel durch ausdrückliche Erklärung. §. 42. Die Theilnahme an solchen Religionshandlungen, wodurch eine Partei sich von der andern wesentlich unterscheidet, hat die Kraft einer ausdrücklichen Erklärung, wenn nicht das Gegentheil aus den Umständen erhellt. §. 303. Wer von einer Religionspartei zur andern übergeht, verläßt seine bisherige Parochie.

II. Das Patent und die Verordnung.

Das königliche Patent hat nun weiter bestimmt, daß fortan bei den „neuen nach den Grundsätzen des Landrechts zur Genehmigung geeignet befundenen Religionsgesellschaften" darauf Rücksicht genommen werden soll, ob sie sich „in Hinsicht auf Lehre mit einer der durch den westphälischen Friedensschluß in Deutschland anerkannten christlichen Religionsparteien in wesentlicher Uebereinstimmung befinden oder nicht." Im ersteren Fall verheißt das Patent 1) daß, „sofern bei einer solchen Kirchengesellschaft ein Kirchen-Ministerium eingerichtet ist, diesem bei Genehmigung der Gesellschaft zugleich die Berechtigung zugestanden werden soll, in den Landestheilen, wo das Allgemeine Landrecht und das gemeine deutsche Recht gilt, solche die Begründung und Feststellung bürgerlicher Rechtsverhältnisse betreffende Amtshandlungen, welche nach den Gesetzen zu dem Amte des Pfarrers gehören, mit voller rechtlicher Wirkung vorzunehmen." 2) Hat der Landesherr seiner Erwägung vorbehalten, ob dergleichen Religionsgesellschaften im vorkommenden Fall „außerdem noch einzelne besondere Rechte zu verleihen sind." Es sind darunter ohne Zweifel wohl Rechte zu verstehen, welche nach dem Landrechte den öffentlich aufgenommenen Religionsgesellschaften, nicht aber auch schon den blos genehmigten zukommen, also namentlich das Recht, Grundstücke auf eigenen Namen zu erwerben, und die übrigen Rechte der juristischen Persönlichkeit, wie diese den von der Gemeinschaft der evangelischen Landeskirche sich getrennt haltenden Lutheranern durch die Generalconcession vom 23. Juli 1845 verliehen worden sind, ohne daß sie doch den öffentlich aufgenommenen Kirchengesellschaften gleichgestellt worden wären; daher ihren Gotteshäusern ausdrücklich die Benennung Kirche und die Rechte derselben versagt sind; ihr Gottesdienst nur ein Privatgottesdienst sein kann.

Findet dagegen bei einer zur Genehmigung von Seiten des Staats geeignet befundenen Religionsgesellschaft eine solche wesentliche Uebereinstimmung nicht Statt, so sollen 1) „die zur Feier ihrer Religionshandlungen bestellten Personen von der Befugniß ausgeschlossen sein, auf bürgerliche Rechtsverhältnisse sich beziehende Amtshandlungen der oben bezeichneten Art mit civilrechtlicher Wirkung vorzunehmen" [8]. 2) Muß auch wohl angenommen werden, daß

8) Die Bestimmungen des Landrechts II. 1. §. 136. 137. II. 11. §. 498.

dergleichen Religionsgesellschaften um so weniger noch besondere Rechte, welche den öffentlich aufgenommenen Religionsgesellschaften nach den allgemein gesetzlichen Bestimmungen eigen sind, beigelegt werden sollen; daß diese mithin immer nur reine Privat- (Religions-) Gesellschaften im Sinne des Landrechts (wenn auch nicht Privatgesellschaften im Sinne des zweiten Absatzes der Zusammenstellung) bleiben werden.

Es bestehen daher jetzt im preußischen Staat, oder können doch rechtlich vorkommen folgende Arten von Kirchengesellschaften: I. Oeffentlich aufgenommene, und zwar: a) „die geschichtlich und nach Staatsverträgen bevorrechtete evangelische[9]) und die römisch-katholische Kirche." b) Die etwa sonst öffentlich aufgenommen werden möchten, und damit noch nicht aller Vorrechte, die jene besitzen, und die im Absatz 5 der Zusammenstellung zusammengestellt sind, theilhaft zu werden brauchen; wie z. B. die griechisch-katholische Kirche in Baiern und Sachsen aufgenommen worden ist. II. Die (rechtlich) geduldeten, bei welchen wieder zu unterscheiden a) die, welche in Hinsicht auf Lehre und Bekenntniß mit einer der durch den westphälischen Friedensschluß in Deutschland anerkannten christlichen Religionsparteien in wesentlicher Uebereinstimmung sich befinden. b) Die Juden, da den bestehenden Gesetzen zufolge die Vollziehung ihrer Ehen nach ihren Religionsgebräuchen, auch die bürgerliche Gültigkeit derselben bewirkt. c) Die übrigen vom Staate genehmigten Religionsgesellschaften. — Uebrigens sind noch eine Menge Mittelstufen möglich, insofern die Rechte einer jeden geduldeten Religionsgesellschaft durch eine besondere Concession bestimmt werden sollen. III. Die factisch geduldeten, nur als Privatvereine betrachteten Religionsgesellschaften.

---

welche durch dieses Gesetz nun modificirt worden, sind oben mitgetheilt worden.

9) Unter evangelischer Kirche kann hier aber nicht wie im westphälischen Frieden, dem Haupt-Staats-Vertrag in Beziehung auf die kirchlichen Verhältnisse Deutschlands, die lutherische und reformirte Kirche, sondern nur die unirte preußische Landeskirche verstanden werden, da „die Gemeinschaft, der von dieser sich getrennt haltenden Lutheraner" die vollständigen Rechte einer öffentlich aufgenommenen Religionsgesellschaft, wie zuvor bemerkt ist, nicht besitzt.

Den Angehörigen der zur Kategorie II. c. und wohl auch III. gehörenden Religionsgesellschaften ist es nach dem Patent gestattet, geistliche Amtshandlungen der obgedachten Art mit voller (bürgerlicher) Wirkung auch durch einen Geistlichen der öffentlich aufgenommenen Kirchen verrichten zu lassen, wenn ein solcher sich dazu bereit findet.

Um nun aber in dieser Hinsicht von keiner Seite Zwang eintreten zu lassen, ist durch eine besondere Verordnung die bürgerliche Beglaubigung von Geburten, Heirathen, Sterbefällen — für die Theile der preußischen Monarchie, wo dergleichen bisher fremd gewesen ist[10]) — eingeführt worden. Es bezieht sich diese Verordnung zunächst auf die Mitglieder jener bezeichneten Religionsgesellschaften; es sollen aber nach §. 16 die Vorschriften derselben auch auf die Geburten, Heirathen (doch mit wesentlichen Modifikationen) und Sterbefälle solcher Personen Anwendung finden, welche aus ihrer Kirche ausgetreten sind, und noch keiner vom Staate genehmigten Religionsgesellschaft angehören. Die Beglaubigung geschieht durch Eintragung in besondere, von dem Ortsrichter zu führende Register (§. 1. 2. 9. 10), auf Grund der von den Betheiligten beschafften Anzeigen und Nachweisungen (§. 11). Es mag den Lesern überlassen bleiben, das Detail der Bestimmungen in der Verordnung selbst nachzusehen. Nur was die Eheschließung betrifft, dürfte doch Folgendes hervorzuheben sein: Dem Richter des Orts ist die Untersuchung überlassen, ob die zur bürgerlichen Gültigkeit der Ehe gesetzlich nothwendigen Erfordernisse vorhanden sind. Das Aufgebot erfolgt dann durch eine an der Gerichtsstelle und dem Raths- oder Ortsgemeindehaus auszuhängende Bekanntmachung. Eine eigentliche Civilehe ist aber —

---

10) In Folge des Edictes von 11. März 1812 §. 5 war schon früher die Führung besonderer Register von den Geburten, Trauungen, Scheidungen und Todesfällen unter den Bekennern des jüdischen Glaubens in der Weise, daß diese durch die Polizeibehörden stattfinden soll, angeordnet. Rönne und Simon, Verhältnisse der Juden S. 59. Diese Register dienen aber blos zur Controlle, ersetzen die Kirchenbücher; durch die Eintragung in dieselben wird aber nicht die bürgerliche Wirkung bestimmt. Was die Verordnung enthält, ist mehr eine Nachbildung der französischen und rheinischen Civilstandsregister.

wie man hiernach glauben könnte — durch die Verordnung für jene gesetzlich geduldeten Religionsgesellschaften nicht begründet. Die Eintragung in die Eheregister kann nämlich nicht eher erfolgen, bis nachgewiesen ist, daß „die nach dem Gebrauch der Religionsgesellschaft zum Abschluß ehelicher Verbindung erforderliche Handlung stattgefunden hat" (§. 7). Es muß diese Eintragung aber binnen 8 Tagen nach Vollziehung jener Handlung beschafft, oder doch die dazu erforderlichen Anzeigen und Erklärungen beim Ortsrichter gemacht werden (§. 11 n. 2), und erst von diesem Zeitpunkt beginnt die bürgerliche Gültigkeit einer solchen Ehe (§. 8). Es ist dieses eine höchst eigenthümliche Anordnung, indem hier eine Vollziehung der Ehe durch einen religiösen oder kirchlichen Act von Staatswegen erfordert wird — als Vorbedingung für die Eintragung in die Eheregister —, während doch durch jenen Act die staatliche Anerkennung der Ehe, die bürgerliche Wirksamkeit derselben nicht erreicht wird. Den Geistlichen der hier in Rede stehenden Religionsparteien ist auch nicht das Recht gegeben, zum Zweck jener Eheregistratur zu attestiren, daß eine Ehe nach den Gebräuchen der Religionspartei vollzogen worden, es soll vielmehr bei dem Richter durch zwei glaubwürdige Zeugen die Erklärung der Ehegenossen — oder vielmehr der Brautleute, wie sie genannt werden — daß jene zum Abschluß der Ehe erforderliche Religionshandlung stattgefunden habe, beglaubigt werden. Es scheint aber der Gedanke gewaltet zu haben, daß Geistliche solcher Religionsparteien durchaus nur als Privatpersonen dem Staate und dessen Behörden gegenüber zu betrachten sind, und daher durchaus keine Handlung, welche irgend einen amtlichen Charakter hat, vorzunehmen befugt sein sollen. — Eine Folge davon, daß die bürgerliche Gültigkeit einer solchen Ehe erst mit dem Zeitpunkt der Eintragung in das Register beginnt, ist, daß die nach den Gebräuchen ihrer Religion verbundenen Eheleute noch staatlich als unverehelicht betrachtet werden, ihr Zusammenleben, wenn ein solches stattfinden würde, als ein außereheliches angesehen werden müßte. — Da die zur Eintragung in die Eheregister erforderliche Erklärung das persönliche Erscheinen der Braut- oder Eheleute (?) vor dem Richter erheischt, so ist möglich, besonders wenn der Richter nicht am Orte ist, wo die Brautleute wohnen oder ihre Verbindung haben einsegnen lassen, daß durch Krankheit u. dgl. der Act, von welchem die bürgerliche Wirksamkeit

der Ehe abhängt, längere Zeit unvollzogen bleibt, ja es kann dieses selbst durch das Nichterscheinen der Zeugen bewirkt werden. Es braucht nicht ausgeführt zu werden, welche mannigfachen rechtlichen Folgen sich daran knüpfen können.

Eine Civilehe ist eigentlich durch die Verordnung nur für Diejenigen eingeführt, welche aus ihrer Kirche ausgetreten, und noch keiner vom Staate genehmigten Religionsgesellschaft angehören: bei diesen soll nämlich zur Eintragung der Ehe in das Register genügen, daß der Nachweis des Aufgebots erbracht werde, und die Brautleute persönlich vor dem Richter erklären, „„daß sie fortan als ehelich verbunden sich betrachten wollen.""

Wer wollte es verkennen, daß durch diese Anordnung allen Denen, auf welche sie Anwendung findet, eine große Wohlthat erwiesen ist? Wir würden aber die Einführung der Civilehe, oder vielmehr die Ausdehnung derselben, da sie ja in einem Theile der preußischen Monarchie allgemein besteht, freudiger begrüßt haben, wenn der Staat damit jede, sowohl indirecte als directe, Zwangsübung und Nöthigung zur Religionshandlung von sich hätte abweisen wollen; mit welchem Abweisen sehr wohl der Wunsch und das Vertrauen besteht, daß die Ehe stets nach christlicher und germanischer [11]) Ansicht, als der „allerbeste und heiligste Stand", wie ihn Luther nennt, möge geachtet, und die Vollziehung der Ehe niemals oder doch nur in seltenen Fällen ohne kirchliche oder religiöse Weihe erfolgen möge und werde. Die Civilehe ist nämlich, wo sie bisher nicht bestand, nur für Personen eingeführt, welche, weil sie außerhalb aller (anerkannten) Kirchen- und Religionsgemeinschaft stehen, auch außer Stand erachtet werden, den Bund für's Leben, gleichsam vor das Angesicht Gottes tretend, unter Anrufung und Anwünschung seines Segens zu schließen.

Wenn der Staat die Einsegnung der Ehen, oder die kirchliche Schließung derselben, als ein so wesentlich sittliches Moment festhält, spricht er zugleich eine Art Verdammung über die blos vor dem Richter eingegangenen Ehen aus. Es ist aber etwas Anderes, ob der Staat ein solches Urtheil spricht oder die öffentliche Meinung; und es ist namentlich ein großer Unterschied, ob die Bethei-

11) Tac. Germ c. 18: Quamquam severa illic matrimonia: nec illam morum partem magis laudaveris.

ligten sich selbst über die religiöse Weihe hinwegsetzen, oder ob der Staat die nach ihren Religionsgebräuchen vorgenommenen Acte als nicht geschehen ansieht, als völlig indifferent betrachtet. Es ist bei dieser Gelegenheit aber auch eine sehr wichtige Anordnung getroffen worden, über die Art und Weise, wie der Austritt aus der Kirche, der man bisher angehört hat, erfolgen soll. Das Landrecht fordert ganz allgemein ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, wie dieß zuvor bemerkt worden ist, setzt dabei aber zugleich Austritt aus der einen und Anschluß an eine andere Kirchengesellschaft voraus. Der §. 17 der Verordnung bestimmt:

> daß der Austritt aus der Kirche nur durch eine vor dem Richter des Orts persönlich zum Protocoll abzugebende Erklärung erfolgen kann. „Diese Erklärung hat nur dann rechtliche Wirkung, wenn die Absicht, aus der Kirche auszutreten, mindestens vier Wochen vorher dem Richter des Orts in gleicher Weise erklärt worden ist. Der Richter hat von der zuerst bei ihm abgegebenen Erklärung dem kompetenten Geistlichen sofort Mittheilung zu machen."

Es ist dieses also die Bedingung, unter welcher nur die Rechtswohlthaten, welche die Verordnung zum Schutz der Religionsfreiheit gewährt hat, zu Theil werden sollen. Doch scheint sie nur für diejenigen gelten zu sollen, welche nicht zugleich zu irgend einer bereits vom Staate genehmigten Religionsgesellschaft übergehen. Dadurch ist also nicht sowohl der Uebergang von einer Kirche zur andern, als der Anschluß an eine vom Staat noch nicht genehmigte, also neu entstandene Religionsgesellschaft erschwert worden. Es ist dem Geistlichen dadurch die Möglichkeit eröffnet — und es wird ihm in der Regel Amts- und Gewissenspflicht sein, davon Gebrauch zu machen, — einem jeden solchen Austritt mit allen von seiner Kirche gebilligten und ihm zulässig erscheinenden Mitteln entgegen zu wirken. — Uebrigens würde doch noch die Frage entstehen: ob diejenigen, welche in solcher Weise ihren Austritt aus der Kirche, der sie angehörten, angezeigt haben, in aller Rücksicht, namentlich auch in Beziehung auf die Pflichten und Lasten, als ausgeschieden anzusehen sind? Ein Aufsatz, der bald nach dem Erscheinen der hier in Rede stehenden Gesetze in der hiesigen Oder-Zeitung[12]) erschienen war,

12) Nr. 90 u. 94. Unterzeichnet R..t.l. (Rintel.)

und daraus die genehmen Schlußfolgerungen zu ziehen gesucht hat, läugnet ein solches gänzliches Ausscheiden namentlich in Beziehung auf die Parochiallasten, unter Berufung auf die Zusammenstellung, worin es heißt, „daß diejenigen, welche sich einer noch nicht vom Staate genehmigten Religionsgesellschaft angeschlossen haben, in rechtlicher Beziehung nach wie vor als Angehörige derjenigen Religions-Partei angesehen werden, zu der sie bis jetzt gehört haben, in soweit nicht besondere Gesetze Ausnahmen davon begründen." Wie weit hat nun aber durch die Verordnung in Beziehung auf jene Personen eine Ausnahme begründet werden sollen? Wir haben bisher nur von den kirchlichen Rechten gehandelt; in Beziehung auf die bürgerlichen bestimmt das Patent: Es sollen diejenigen, welche aus ihrer Kirche ausgetreten sind und zu einer besondern Religionsgesellschaft sich vereinigen oder einer solchen sich anschließen, in soweit ihre Vereinigung genehmigt ist, im Genuß ihrer bürgerlichen Rechte und Ehren — jedoch unter Berücksichtigung der §. 5. 6. 27—31 und 112. Tit. 11. Th. II. des Allg. Landr. — bleiben.

Unter diesen angezogenen Gesetzes-Stellen sind hier besonders §. 5. 6. hervorzuheben, welche dahin lauten:

„Auch der Staat kann von einem einzelnen Unterthan die Angabe: zu welcher Religionspartey sich derselbe bekennt, nur alsdann fordern, wenn die Kraft und Gültigkeit gewisser bürgerlicher Handlungen davon abhängt."

„Aber selbst in diesem Falle können mit dem Geständniße abweichender Meinungen nur diejenigen nachtheiligen Folgen für den Gestehenden verbunden werden, welche aus seiner dadurch, vermöge der Gesetze, begründeten Unfähigkeit zu gewissen bürgerlichen Handlungen oder Rechten von selbst fließen."

Man hat in dieser letztern Stelle eine Hinweisung auf besondere Gesetze finden wollen, welche zur Ausübung und zum Genuß gewisser Rechte ein besonderes Glaubensbekenntniß fordern; und es würde dann die Verweisung auf diese §§. in obigem Satz bedeuten: „sofern jene Rechte und Ehren nicht schon vermöge bestehender Gesetze, welche ein bestimmtes Glaubensbekenntniß verlangen, von selbst verloren gehen." Der Sinn des Landrechts scheint mir aber nur zu sein: Jeder wird zu solchen Handlungen und zum Er-

werb von Rechten unfähig, deren Bedingungen und Erfordernisse er durch seine Religionsmeinungen zu erfüllen verhindert ist z. B. Eidesleistung, wenn er sich als Atheist bekennt.

In einer besondern, an das Staatsministerium erlassenen Kabinetsordre ist nun aber zur Vermeidung von Mißverständnissen ausgesprochen, daß jener angeführten Bestimmung des Patents:

„nicht die Auslegung gegeben werden darf, als ob der Beitritt zu einer vom Staate noch nicht genehmigten Religionsgesellschaft ohne Weiteres den Verlust jener Rechte und Ehren zu Folge hat" u. s. w.

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß — wie dieß der ganze Zusammenhang zeigt — unter bürgerlichen Rechten und Ehren hier auch die staatsbürgerlichen Rechte im engern Sinn, oder die politischen, mitbegriffen sind, sowie daß alle jene Bestimmungen sich nur auf Personen beziehen, welche bisher einer der christlichen Kirchen angehört haben. Christliches Religions-Bekenntniß wird aber in Preußen zum Vollgenuß der politischen Rechte, namentlich zur Bekleidung von Staatsämtern und zur Ausübung der ständischen Rechte erfordert. In allen Gesetzen über das Ständewesen seit 1823 wird „Gemeinschaft mit einer der christlichen Kirchen" unter den Eigenschaften genannt, von welchen die Fähigkeit abhängt, auf Land- und Kreistagen zu erscheinen und an der Wahl zu denselben Theil zu nehmen. Wiewohl gewöhnlich nur die größern christlichen Religionsparteien christliche Kirchen genannt zu werden pflegen, so hat man doch schwerlich die Angehörigen der sog. Secten, welche sich zugleich in der Stellung „geduldeter Kirchengesellschaften" zu befinden pflegen, von der Landstandschaft ausschließen wollen, da im preußischen Staat schon früher der Grundsatz Eingang gefunden hat, daß christliche Glaubensgenossen, welches auch ihr Sonderbekenntniß sein möge, nur dann vom Vollgenuß der staatsbürgerlichen Rechte ausgeschlossen sein sollen, wenn sie nicht alle bürgerlichen Pflichten und Lasten übernehmen. Dieß zeigen namentlich die verschiedenen, die Mennoniten betreffenden Gesetze, da diese nur um deßwillen im Genuß der staatsbürgerlichen Rechte beschränkt worden sind, weil sie sich der Erfüllung bürgerlicher Pflichten, namentlich dem Kriegsdienst, entzogen. In diesem Sinn ist dann auch in der K.O. v. 16. Mai 1830 über die Rechtsverhältnisse der Mennoniten in den westlichen Provinzen und Brandenburg verord-

net (§. 11), daß die Mitglieder derjenigen Familien, deren Häupter für sich und ihre Nachkommen die Militärpflicht übernommen haben, in allen bürgerlichen Verhältnissen den übrigen christlichen Unterthanen, ohne Ausnahme, völlig gleich behandelt werden sollen. Diejenigen, welche jene Pflicht aber fortwährend verweigern, sollen zur Staatsanstellung unfähig sein, jedoch zur Verwaltung von Kommunalämtern zugelassen werden. Auch heißt es in jenem Gesetze: die Quäker oder sog. Separatisten werden wie die Mennoniten behandelt.

Wenn nun in dem königlichen Patent ausgesprochen ist, daß Diejenigen, welche aus ihrer Kirche austreten, im Genuß ihrer bürgerlichen Ehren und Rechte bleiben, insoweit ihre Vereinigung vom Staate genehmigt ist, so ist dieses wohl dahin zu erklären: 1) daß durch den Austritt eigentlich und streng genommen die bürgerlichen Rechte und Ehren verloren gehen, 2) daß dieses aber nicht der Fall ist, sobald die Religionsgesellschaft, welcher der Austretende sich anschließt, eine vom Staate genehmigte ist; allein der Fortgenuß jener Rechte würde 3) doch nur insoweit stattfinden, als nicht besondere Gesetze und Rechtsgrundsätze entgegenstehen, z. B. solche, welche christliches Religionsbekenntniß zur Ausübung gewisser politischer Rechte fordern, während der aus seiner Kirche Ausgetretene sich einer nichtchristlichen Religionspartei angeschlossen hat. Darauf sollte wohl die Verweisung auf §. 5 u. 6 II. 11 des Landrechts hindeuten. Ein solcher Fall konnte sich aber bisher eigentlich nicht ereignen, da es nur Eine nichtchristliche Glaubenspartei gab, und der Uebertritt zu dieser, zum Judenthum, verboten ist.

Was nun Diejenigen betrifft, welche sich einer noch nicht vom Staate genehmigten Religionsgesellschaft angeschlossen haben, so müßten dieselben, wenn sie nach der Zusammenstellung noch als Angehörige der Religionspartei angesehen werden, zu der sie bisher gehört haben, auch im Genuß aller Rechte bleiben, so lange das Provisorium fortdauert. Das Patent scheint dieses nun zwar nicht angenommen zu haben; dagegen hat nun ein unter demselben Datum mit dem Patent erlassener allerhöchster Befehl erklärt, daß jenes nicht so verstanden worden, als ob die Personen, welche zu einer noch nicht vom Staate genehmigten Religionsgesellschaft gehören, „die bürgerlichen Rechte und Ehren nicht ohne Weiteres verlieren sollen." Hierbei würde nur die Frage entstehen: soll

„ohne Weiteres" heißen: so lange jenes Provisorium dauert, die betheiligten Personen noch nicht aus ihrer Kirche ausgeschieden angesehen werden? Oder sollte damit ausgedrückt werden, daß die Staatsregierung sich während des Provisoriums vorbehält, zu bestimmen und anzuordnen, ob Genuß jener Ehren und Rechte fortdauern soll? Es müßte darunter aber die Fähigkeit, zu Staatsämtern zu gelangen, die active und passive Landstands-Wahl-Fähigkeit verstanden werden; denn wenn diese aufhörten, würde von einem Fortgenuß politischer Rechte (d. h. Rechtsfähigkeit) nicht die Rede sein können. Noch hat auch, so viel bekannt geworden, Niemand, der sich von seiner Kirche getrennt hat, namentlich keiner von Denen, welche sich den Christkatholiken angeschlossen haben, eine Schmälerung der mit seinem Amte verbundenen Rechte erlitten. Noch ist auch, so viel mir bekannt, keine Ausschließung von einem Amte auf jenen Grund hin erfolgt. Dagegen ist allerdings die Nichtwählbarkeit zum Landtagsabgeordneten in einer an mehrere Grundbesitzer des Braunsberger Kreises (auf deren die Wahl des Landschaftsraths von Strachowski betreffende Eingabe) unterm 2. August 1846 erlassenen Kabinetsordre [13]), ausgesprochen worden. Es heißt in derselben:

„— hat der L.R. v. St., indem er sich von der römisch-katholischen Kirche losgesagt und den katholischen Dissidenten zugewendet hat, gleich allen Andern, welche sich zu keinem dem Staate oder den guten Sitten gefährdenden Grundsätzen bekennen, keine andere Beeinträchtigung seiner bürgerlichen und politischen Rechte zu besorgen, als welche durch das Gesetz unmittelbar vorgeschrieben ist; da aber das Gesetz wegen Anordnung der Provinzialstände für das Königreich Preußen vom 1. Juli 1823 in §. 5 als Bedingung der Wählbarkeit die Gemeinschaft mit einer christlichen Kirche erfordert, so folgt daraus, sowie aus den Bestimmungen des §. 5. 6. Th. II. Tit. 11 des allgem. Landrechts, daß die Lossagung von einer solchen Gemeinschaft die Ausschließung der Wählbarkeit so lange zur Folge haben muß, bis sich der Lossagende einer andern vom Staate anerkannten christlichen Kirche zugewandt hat. Letzteres gilt aber von den katholi-

13) Abgedruckt in der Allg. Zeitung 1846 Nr. 316.

schen Dissidenten zur Zeit nicht, da ihnen, noch in Ordnung ihrer Verhältnisse begriffen, bis dahin nur eine factische, noch nicht eine gesetzliche Duldung im Sinne des allgemeinen Landrechts zu Theil geworden ist. Dieserhalb sind die Wähler des Alt-Braunsberger Kreises mit vollem Rechte, und ohne meinen Grundsätzen über Gewissens- und Bekenntnißfreiheit irgendwie zu nahe zu treten, abgemahnt worden, den v. St. zum Landtagsdeputirten zu wählen, weil diese Wahl nach deutlicher Vorschrift des Gesetzes, so lange die Dissidenten, zu welchen er sich bekennt, nicht als Angehörige einer der christlichen Kirchen anerkannt sind, nicht würde bestätigt werden können."

Wenn hier zuletzt als Grund der Nichtwählbarkeit angegeben ist, „daß die Dissidenten noch nicht als Angehörige einer der christlichen Kirchen anerkannt sind," so ist „das Gehören zu einer christlichen Kirche", oder „die Gemeinschaft mit einer christlichen Kirche" hier in einem andern Sinn genommen, als in dem die Landstände betreffenden Gesetze von 1823. In diesem kann darunter nur verstanden werden daß, um wahlberechtigt oder wählbar zu sein, man einer christlichen Kirchengesellschaft als Mitglied angehören müsse; wenn aber bei einer Gesammtheit, die sich zur Religionsgesellschaft constituirt hat, in Frage gestellt wird: ob sie einer christlichen Kirche angehöre? so kann dieses nicht auf ein äußeres gesellschaftliches Verbundensein sich beziehen, sondern nur auf den Inhalt ihrer Lehre und ihres Glaubensbekenntnisses, wobei die Frage entsteht, ob dieses als christlich anzusehen sei oder nicht? So wie ja auch zufolge des königlichen Patentes bei Bestimmung der Rechte neuer Religionsgesellschaften darauf Rücksicht genommen werden soll, ob sie sich in Hinsicht auf Lehre und Bekenntniß mit einer durch den westphälischen Frieden anerkannten christlichen Religionsparte in wesentlicher Uebereinstimmung befindet. Wenn daher künftig über die Zulassung einer Religionsgesellschaft entschieden wird, so muß dabei zugleich festgestellt werden: ob sie 1) nur als eine, den Staat und die guten Sitten nicht gefährdende, 2) als eine christliche, oder endlich 3) als eine mit den durch den westphälischen Frieden recipirten Confessionen in wesentlicher Uebereinstimmung sich befindende Religionsgesellschaft anerkannt werden solle?

Oder sollte vielleicht die Meinung gewesen sein, daß nur die letztere Art von Religionsgesellschaften auf das Prädicat „christlich" Anspruch machen könne? Früher hatte die Sache allerdings meist sich so gestaltet, daß jeder neu hervorgetretenen, irgend bedeutenderen Secte von der herrschenden Kirche die Anerkennung als einer christlichen Religionspartei verweigert wurde. Dennoch wurde diesen Secten, je nach den besonderen Verhältnissen, bald eine stillschweigende, bald eine ausdrückliche, wenn schon hinsichtlich der gewährten Rechte beschränkte, Duldung gewährt. In neuerer Zeit ist aber, wie früher ausgeführt wurde, mehrfach die Gleichstellung aller christlichen Religionsparteien in Beziehung auf bürgerliche und politische Rechte ausgesprochen worden, und es ist mir nicht bekannt, daß seither in den betreffenden Staaten bei einer aus dem Schooß des Christenthums hervorgegangenen Religionsgesellschaft eine Ausnahme gemacht, ihr das Prädicat „christlich" in rechtlich wirksamer Weise abgesprochen worden wäre. Und wie sollte ein solcher Ausspruch gegen eine Gemeinschaft erfolgen, welche sich selbst als der christlichen Kirche angehörig betrachtet, das neue Testament als ihr Religionsbuch anerkennt? So lange es nicht eine einige christliche Kirche gibt, kann jede der bestehenden Kirchen, z. B. die römisch-katholische Kirche, die preußische Landes-, die englische Hochkirche, doch nur aussprechen, daß sie den Einzelnen, oder die bestimmte Religionsgesellschaft als nicht in Gemeinschaft mit sich stehend betrachte; das hat selbst der strenggläubige J. J. Moser anerkannt. Doch es führt uns dieses auf ein ferner liegendes Gebiet.

Indem ich dieses schreibe, wird die obige Frage über die Landstandsfähigkeit der katholischen Dissidenten auf dem Landtage verhandelt. Es wird indeß dieselbe, und alles was damit in Verbindnng steht, wie der Landtag sich auch erklären mag [14]), schwerlich so rasch erledigt werden, daß diese Blätter, wenn sie in die Hände der Leser dieser Zeitschrift kommen, ihr praktisches Interesse verloren haben sollten.

---

14) Den Zeitungsberichten zu Folge hat die Kurie der drei Stände sich dafür ausgesprochen, daß den Mitgliedern jeder Religionsgesellschaft, die sich selbst als christlich bezeichne, die Landtagsfähigkeit zukommen möchte. R.

Anhang.

Patent,
die Bildung neuer Religions-Gesellschaften betreffend.

Wir **Friedrich Wilhelm**, von Gottes Gnaden, König von Preußen ꝛc. ꝛc.

thun hierdurch kund und zu wissen:

Indem Wir beifolgend eine Uns von Unserem Staatsministerium überreichte Zusammenstellung der im Allgemeinen Landrecht enthaltenen Vorschriften über Glaubens- und Religionsfreiheit zur öffentlichen Kenntniß gelangen lassen, finden Wir Uns bewogen, hierdurch zu erklären, daß, so wie Wir einerseits entschlossen sind, den in Unseren Staaten geschichtlich und nach Staatsverträgen bevorrechteten Kirchen der evangelischen und der römisch-katholischen, nach wie vor Unseren kräftigsten landesherrlichen Schutz angedeihen zu lassen und sie in dem Genuß ihrer besonderen Gerechtsame zu erhalten, es andererseits eben so Unser unabänderlicher Wille ist, Unseren Unterthanen die in dem Allgemeinen Landrecht ausgesprochene Glaubens- und Gewissensfreiheit unverkümmert aufrecht zu erhalten, auch ihnen nach Maßgabe der allgemeinen Landesgesetze die Freiheit der Vereinigung zu einem gemeinsamen Bekenntnisse und Gottesdienste zu gestatten.

Diejenigen, welche in ihrem Gewissen mit dem Glauben und Bekenntniß ihrer Kirche nicht in Uebereinstimmung zu bleiben vermögen und sich demzufolge zu einer besonderen Religionsgesellschaft vereinigen, oder einer solchen sich anschließen, genießen hiernach nicht nur volle Freiheit des Austritts, sondern bleiben auch, insoweit ihre Vereinigung vom Staate genehmigt ist, im Genuß ihrer bürgerlichen Rechte und Ehren — jedoch unter Berücksichtigung der §§. 5. 6. 27 — 31. und 112. Tit. 11. Thl. II. des Allgemeinen Landrechts — dagegen können sie einen Antheil an den verfassungsmäßigen Rechten der Kirche, aus welcher sie ausgetreten sind, nicht mehr in Anspruch nehmen.

Befindet sich eine neue Religionsgesellschaft in Hinsicht auf Lehre und Bekenntniß mit einer der durch den westphälischen Friedens-

schluß in Deutschland anerkannten christlichen Religionsparteien in wesentlicher Uebereinstimmung, und ist in derselben ein Kirchen-Ministerium eingerichtet, so wird diesem bei Genehmigung der Gesellschaft zugleich die Berechtigung zugestanden werden, in den Landestheilen, wo das Allgemeine Landrecht oder das gemeine deutsche Recht gilt, solche die Begründung oder Feststellung bürgerlicher Rechtsverhältnisse betreffende Amtshandlungen, welche nach den Gesetzen zu dem Amte des Pfarrers gehören, mit voller rechtlicher Wirkung vorzunehmen. — Inwiefern einer neuen Kirchengesellschaft dieser Art außerdem noch einzelne, besondere Rechte zu verleihen sind, bleibt im vorkommenden Falle, nach Bewandtniß der Umstände, Unserer Erwägung vorbehalten.

In allen anderen Fällen bleiben bei neuen, nach den Grundsätzen des Allgemeinen Landrechts zur Genehmigung von Seiten des Staats geeignet befundenen Religionsgesellschaften die zur Feier ihrer Religionshandlungen bestellten Personen von der Befugniß ausgeschlossen, auf bürgerliche Rechtsverhältnisse sich beziehende Amtshandlungen der oben bezeichneten Art mit civilrechtlicher Wirkung vorzunehmen; diese soll bei den Gegenständen jener Amtshandlungen nach näherer Vorschrift der dieserhalb von Uns heute erlassenen besonderen Verordnung durch eine vor der Gerichtsbehörde erfolgende Verlautbarung sicher gestellt werden, den Betheiligten jedoch gestattet sein, die gedachten Amtshandlungen mit voller Wirkung auch durch einen Geistlichen einer der öffentlich aufgenommenen christlichen Kirchen verrichten zu lassen, wenn ein solcher sich dazu bereitwillig findet.

Nachdem die jetzigen Bewegungen auf dem kirchlichen Gebiete Uns veranlaßt haben, Unsere Grundsätze über Zulassung und Bildung neuer Religionsgesellschaften im Allgemeinen auszusprechen, behalten Wir Uns vor, mit Benützung der bei Anwendung derselben zu machenden Erfahrungen, nach Bedürfniß die über diesen Gegenstand bestehenden, in der anliegenden Zusammenstellung enthaltenen Vorschriften des Allgem. Landrechts durch besondere gesetzliche Bestimmungen zu ergänzen.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem königlichem Insiegel.

Gegeben Berlin, den 30. März 1847.

(L. S.) **Friedrich Wilhelm.**

Zusammenstellung
der in dem Allgemeinen Landrechte enthaltenen Bestimmungen über Glaubens- und Religionsfreiheit.

1.

Jedem Einwohner im Staat steht für seine Person vollkommene Glaubens- und Gewissensfreiheit zu.

Die Begriffe der Einwohner des Staats von Gott und göttlichen Dingen, der Glaube und der innere Gottesdienst können kein Gegenstand von Zwangsgesetzen sein.

Niemand ist schuldig, über seine Privat-Meinungen in Religionssachen Vorschriften vom Staate anzunehmen.

Niemand soll wegen seiner Religions-Meinungen beunruhigt, zur Rechenschaft gezogen, verspottet oder gar verfolgt werden.

§§. 1 bis 4. Thl. II. Tit. 11. des Allgemeinen Landrechts.

Jedem Bürger des Staats, welchen die Gesetze fähig erkennen, für sich selbst zu urtheilen, soll die Wahl der Religionspartei, zu welcher er sich halten will, frei stehen.

Tit. 2. §. 74. seq

Der Uebergang von einer Religionspartei zu einer anderen geschieht in der Regel durch ausdrückliche Erklärung.

§§. 40. u. 41. Thl. II. Tit. 11. des Allgem. Landrechts.

Durch Berufung auf abweichende Glaubens-Ansichten kann jedoch der Einzelne sich gegen die durch die allgemeinen Landesgesetze bedingten civil- und strafrechtlichen Folgen seiner Handlungen nur dann schützen, wenn das Gesetz zu Gunsten seiner Glaubensgenossen eine Ausnahme von einzelnen allgemeinen Bestimmungen nachgelassen hat, und in so weit als er durch seine eigenthümlichen Religionsansichten verhindert wird, diejenigen Rechts-Handlungen vorzunehmen, deren Form nach den Gesetzen durch bestimmte religiöse Ueberzeugung bedingt ist, muß er sich die daraus folgende Verminderung seiner bürgerlichen Rechtsfähigkeit gefallen lassen.

§§. 5. und 6.

§§. 27 bis 31.

§. 112. ebendaselbst.

2.

Den Einzelnen steht es frei, mit Genehmigung der Obrigkeit sich zu Religions-Uebungen zu verbinden und gemeinschaftliche Zu-

sammenkünfte zu halten, in so weit dadurch nicht die gemeine Ruhe, Sicherheit und Ordnung gefährdet wird,

§§. 9. u. 10. Thl. II. Tit. 11.

§§. 1 bis 3. Thl. II. Tit. 6.

eine solche Verbindung hat aber nur dieselben Rechte, wie jede andere erlaubte Privatgesellschaft.

§§. 11 bis 14. Thl. II. Tit. 6.

Sie steht als solche unter der fortwährenden Aufsicht des Staats, welcher sie verbieten kann, sobald sich findet, daß sie anderen gemeinnützigen Absichten und Anstalten hinderlich oder nachtheilig ist.

§. 4. ebendaselbst;

und ihre Mitglieder bilden, auch wenn sie die Aussonderung von den im Staate aufgenommenen Kirchengesellschaften bezwecken, dennoch keine rechtlich bestehende, besondere Religionspartei, sondern fürerst nur eine bloße Privatgesellschaft, und werden in rechtlicher Beziehung — nach wie vor — als Angehörige derjenigen Religionspartei angesehen, zu der sie bis dahin gehört haben, in so weit nicht besondere Gesetze Ausnahmen davon begründen.

3.

Religionsgrundsätze, welche mit der Ehrfurcht gegen die Gottheit, dem Gehorsam gegen die Gesetze, der Treue gegen den Staat und der allgemeinen Sittlichkeit unvereinbar sind, dürfen überhaupt im Staat nicht ausgebreitet werden.

§§. 13 bis 15. Thl. II. Tit. 11.

Einer jeden neu sich bildenden Religionsgesellschaft liegt daher der Nachweis ob, daß die von ihr gelehrten Meinungen nichts enthalten, was dem zuwiderläuft.

§. 21. ebendaselbst.

4.

Erhält eine Religionsgesellschaft die Genehmigung des Staats, so erlangt sie dadurch die Rechte einer geduldeten Kirchengesellschaft und ist demgemäß befugt, gottesdienstliche Zusammenkünfte in gewissen dazu bestimmten Gebäuden anzustellen, und hier sowohl, als in den Privat-Wohnungen der Mitglieder, die ihren Religions-Grundsätzen gemäßen Gebräuche auszuüben.

§§. 22. u. 23. ebendaselbst.

Sie bleibt aber dabei der Oberaufsicht des Staats unterworfen, und letzterer ist berechtigt, von demjenigen, was in ihren Versammlungen gelehrt und verhandelt wird, Kenntniß einzuziehen.

§§. 32. u. 33. ebendaselbst.

Im Uebrigen bestimmen sich ihre Rechte nach der besondern Konzession, welche ihr von dem Landesherrn ertheilt wird.

§§. 20. 29. ebendaselbst, §. 22. Thl. II. Tit. 6.

5.

Die im Staat öffentlich aufgenommenen Kirchen-Gesellschaften haben die Rechte privilegirter Corporationen.

§. 17. Thl. II. Tit. 11.

Nur die ihnen gehörenden gottesdienstlichen Gebäude werden „Kirchen" genannt, und genießen als solche die Vorrechte der öffentlichen Gebäude des Staats.

§. 18. ebendaselst.

Kirchen, so wie Pfarr- und Küstergüter, sind in der Regel von den gemeinen Lasten des Staats frei, und die zur Feier des Gottesdienstes und zum Religionsunterricht bestellten Personen haben mit anderen Beamten im Staat gleiche Rechte.

§. 165. ebendaselbst.

§. 174. ebendaselbst.

§§. 774 bis 777. ebendaselbst.

§. 19. ebendaselbst.

§§. 96. u. 97. ebendaselbst.

In Ansehung der über ihr Vermögen verhandelten Geschäfte und geschlossenen Verträge haben die öffentlich aufgenommenen Religionsgesellschaften die Rechte der Minderjährigen; sie genießen wegen dieses Vermögens im Konkurse besonderer Vorrechte, und es findet gegen sie nur die außerordentliche Verjährung von 44 Jahren Statt.

§§. 228 bis 234. Thl. II. Tit. 11.

§§. 629 bis 632. Thl. I. Tit. 9.

Die zu einer vom Staat öffentlich aufgenommenen Religions-Partei gehörigen Kirchen sind befugt, gegen die innerhalb ihrer Parochie wohnenden Glaubens-Verwandten, soweit letztere nicht besonders eximirt sind, den Pfarrzwang auszuüben und dieselben zu den

aus der Parochial-Verbindung fließenden Lasten und Abgaben heranzuziehen.

§. 237. Thl. II. Tit. 11.

§. 260. u. 261. ebendaselbst.

§. 418. ebendaselbst.

6.

Auf die vorstehend unter 5 aufgeführten Rechte der öffentlich aufgenommenen Kirchengesellschaften haben die nur geduldeten Religionsgesellschaften als solche keinen Anspruch; den Umfang ihrer Rechte in besonderem Falle bestimmt vielmehr die ihnen ertheilte Konzession (conf. §. 4.).

Verordnung,

betreffend die Geburten, Heirathen und Sterbefälle, deren bürgerliche Beglaubigung durch die Orts-Gerichte erfolgen muß.

Wir **Friedrich Wilhelm,** von Gottes Gnaden, König von Preußen ꝛc. ꝛc.

verordnen, in Verfolg Unseres am heutigen Tage über die Bildung neuer Religionsgesellschaften erlassenen Patents, für alle Theile Unserer Monarchie, mit Ausschluß des Bezirks des Appellations-Gerichtshofes zu Köln, auf den Antrag Unseres Staats-Ministeriums und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsrathes, was folgt:

§. 1.

Die bürgerliche Beglaubigung der Geburts-, Heiraths- und Sterbefälle, die sich in solchen geduldeten Religionsgesellschaften ereignen, bei welchen den zur Feier ihrer Religionshandlungen bestellten Personen die Befugniß nicht zusteht, auf bürgerliche Rechtsverhältnisse sich beziehende Amtshandlungen mit civilrechtlicher Wirkung vorzunehmen, soll durch Eintragung in ein gerichtlich zu führendes Register bewirkt werden.

§. 2.

Dieses Register (§. 1.) wird von dem ordentlichen Richter des Orts, wo der Geburts- oder der Sterbefall sich ereignet hat, oder die Brautleute wohnen, auch in Ansehung solcher Betheiligten geführt, welche sonst von der ordentlichen Gerichtsbarkeit befreit sind.

Haben die Brautleute ihren Wohnsitz in verschiedenen Gerichts-

bezirken, so kann die Eintragung der Ehe bei dem einen oder dem anderen der beiden Richter nachgesucht werden. Der Richter, welcher hiernach die Eintragung vornimmt, hat von derselben dem Richter des Orts, an welchem der andere Theil des Brautpaars wohnt, Mittheilung zu machen, und dieser hat die vollzogene Ehe auch in das von ihm geführte Register zu übernehmen.

§. 3.

Zur Anzeige einer erfolgten Geburt ist zunächst der Vater des Kindes verpflichtet. Ist derselbe nicht bekannt oder zur Erfüllung dieser Verpflichtung nicht im Stande, so muß die Anzeige von dem Geburtshelfer oder der Hebamme, wenn aber solche bei der Niederkunft nicht gegenwärtig gewesen sind, von den sonst dabei zugegen gewesenen Personen, und wenn die Geburt ohne Beisein Anderer erfolgt ist, von demjenigen, in dessen Wohnung das Kind geboren ist, geschehen. Andere, zu den Verwandten oder Hausgenossen gehörende Personen sind zu der Anzeige berechtigt, aber nicht verpflichtet.

Die Anzeige muß den Tag und die Stunde der Geburt, das Geschlecht des Kindes und dessen Vornamen, ferner die Namen, den Stand oder das Gewerbe, so wie den Wohnort der Eltern enthalten.

War zur Zeit der gemachten Anzeige dem Kinde noch kein Vorname beigelegt, so ist hierüber binnen drei Tagen, nachdem dieß geschehen, nachträgliche Anzeige zu leisten.

§. 4.

Bei Todesfällen muß die Anzeige von dem Familienhaupte, und wenn ein solches nicht vorhanden oder hierzu nicht im Stande ist, von demjenigen gemacht werden, in dessen Wohnung der Todesfall sich ereignet hat. Andere Verwandte oder Hausgenossen des Verstorbenen sind zu der Anzeige berechtigt, aber nicht verpflichtet.

Die Anzeige muß Tag und Stunde des Todes, Vor- und Familiennamen, Alter, Stand oder Gewerbe des Verstorbenen enthalten.

§. 5.

Der ehelichen Verbindung muß ein Aufgebot vorangehen. Dasselbe ist bei dem Richter des Orts, an welchem die Brautleute den Wohnsitz haben, und wenn dieselben in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnen, bei jedem der beiden Richter in Antrag zu bringen, und erst dann zu veranlassen, wenn sich der Richter die Ueberzeu-

gung verschafft hat, daß die zur bürgerlichen Gültigkeit der Ehe gesetzlich nothwendigen Erfordernisse vorhanden sind.

Das Aufgebot erfolgt durch eine an der Gerichtsstelle und gleichzeitig an dem Rath- oder Ortsgemeindehause, in dessen Ermangelung aber an der Wohnung des Gemeindevorstehers, während vierzehn Tagen auszuhängende Bekanntmachung.

§. 6.

Diejenige Handlung, durch welche nach dem Gebrauche der Religionsgesellschaft die eheliche Verbindung geschlossen wird, darf erst vorgenommen werden, wenn gerichtlich bescheinigt ist, daß die Brautleute, jedes an seinem Wohnorte, aufgeboten worden sind und kein Einspruch erfolgt ist.

§. 7.

Zu der Eintragung der Ehe in das Register (§. 1) ist erforderlich:

1) die Erklärung der Brautleute, daß und wann die nach dem Gebrauch der geduldeten Religionsgesellschaft zum Abschluß der ehelichen Verbindung erforderliche Handlung stattgefunden hat;
2) eine die Richtigkeit dieser Erklärung bestätigende Versicherung zweier glaubwürdigen, zu derselben Religionsgesellschaft gehörenden Personen;
3) der Nachweis des Aufgebots (§. 5).

§. 8.

Die bürgerliche Gültigkeit einer solchen Ehe beginnt mit dem Zeitpunkt der Eintragung der Ehe in das Register.

§. 9.

Zu den in den §§. 3, 4 u. 7 vorgeschriebenen Anzeigen und Erklärungen ist das persönliche Erscheinen vor dem Richter erforderlich. Der Richter hat darüber, unter Zuziehung eines verpflichteten Protokollführers, ein Protokoll aufzunehmen, welchem die eingereichten Bescheinigungen beizufügen sind. Wenn nach dem Ermessen des Richters die Thatsache festgestellt ist, so hat derselbe auf Grund des Protokolls, sofort den Geburts-, Heiraths- oder Sterbefall in das Register einzutragen, und darüber ein Attest auszufertigen.

§. 10.

Das Register (§. 1) und die auf Grund desselben ausgefer-

tigten Atteste genießen bis zum Beweise des Gegentheils vollen öffentlichen Glauben.

§. 11.

Die in den §§. 3, 4 u. 7 vorgeschriebenen Anzeigen oder Erklärungen müssen von den dazu Verpflichteten gemacht werden:

1) bei Geburten innerhalb der zunächst folgenden Tage;
2) bei Heirathen binnen der zunächst folgenden acht Tage nach Vollziehung der nach dem Gebrauche der Religionsgesellschaft erforderlichen Handlung;
3) bei Todesfällen spätestens an dem nächstfolgenden Tage.

Eine schuldbare Versäumniß dieser Fristen ist mit Geldbuße bis zu fünfzig Thalern oder mit Gefängniß bis zu vier Wochen zu bestrafen.

Außerdem haben die Säumigen diejenigen Kosten zu tragen, welche dadurch entstehen, daß der Richter wegen der verzögerten Anzeige zu irgend einer Ermittelung veranlaßt wird.

§. 12.

Die Festsetzung der im §. 11 angedrohten Strafe erfolgt durch gerichtliches Erkenntniß.

§. 13.

Die Orts-Polizei-Behörden sind verpflichtet, auf die rechtzeitige Anzeige der Geburten, Heirathen und Sterbefälle zu achten und bei Unterlassung derselben das Erforderliche von Amtswegen zu veranlassen.

§. 14.

Für die den Gerichten durch gegenwärtige Verordnung überwiesenen Geschäfte sind Gebühren zu entrichten, über deren Betrag der Justiz-Minister nähere Bestimmungen zu treffen hat.

§. 15.

Insoweit nicht durch gegenwärtige Verordnung abweichende Bestimmungen gegeben sind, haben die Gerichte bei dem Aufgebote und der Führung des Registers diejenigen Vorschriften zu befolgen, welche den Geistlichen der öffentlich aufgenommenen Kirchen für das Aufgebot und die Führung der Kirchen-Register ertheilt sind.

§. 16.

Die Vorschriften der gegenwärtigen Verordnung finden auch auf Geburten, Heirathen und Sterbefälle solcher Personen Anwen-

dung, welche aus ihrer Kirche ausgetreten sind und noch keiner vom Staate genehmigten Religionsgesellschaft angehören.

Bei den Heirathen solcher Personen sollen jedoch die Bestimmungen der §§. 6, 7 u. 11 Nr. 2 ausgeschlossen bleiben. Zur Eintragung der Ehe in das Register genügt in diesen Fällen der Nachweis des Aufgebots (§. 5) und die persönliche Erklärung der Brautleute vor dem Richter, daß sie fortan als ehelich mit einander verbunden sich betrachten wollen.

§. 17.

Der Austritt aus der Kirche (§. 16) kann nur durch eine vor dem Richter des Orts (§. 2.) persönlich zum Protokoll abzugebende Erklärung erfolgen. Diese Erklärung hat nur dann rechtliche Wirkung, wenn die Absicht, aus der Kirche auszutreten, mindestens vier Wochen vorher dem Richter des Orts in gleicher Weise erklärt worden ist. Der Richter hat von der zuerst bei ihm abgegebenen Erklärung dem kompetenten Geistlichen sofort Mittheilung zu machen.

§. 18.

Bei Ehescheidungsklagen solcher Personen, welche aus ihrer Kirche ausgetreten sind und noch keiner vom Staate genehmigten Religionsgesellschaft angehören, finden die in der Verordnung über das Verfahren in Ehesachen vom 28. Juni 1844 hinsichtlich der Mitwirkung eines Geistlichen und insbesondere die in den §§. 10 bis 14. gegebenen Vorschriften keine Anwendung.

Der Einleitung solcher Ehescheidungsklagen muß statt des Sühneversuches durch den Geistlichen ein Sühneversuch durch das Gericht vorangehen.

Bei diesem Sühneversuche sind der Staatsanwalt und nach dessen Anträgen diejenigen Personen zuzuziehen, von welchen eine dem Zweck entsprechende Mitwirkung zu erwarten ist.

§. 19.

Der Justiz-Minister hat die Gerichte mit näherer Anweisung zur Ausführung dieser Verordnung zu versehen.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem königlichem Insiegel.

Gegeben Berlin, den 30. März 1847.

(L. S.) **Friedrich Wilhelm.**

Frhr. v. Müffling. Eichhorn. v. Savigny. Uhden.

Beglaubigt: Bode.

Kabinets-Befehl
an das Staatsministerium.

Wenn Ich in dem Patent vom heutigen Tage über die Bildung neuer Religionsgesellschaften Denjenigen, welche ihre Kirche verlassen und zu einer besonderen Religionsgesellschaft sich vereinigen oder einer solchen sich anschließen, nur insoweit, als ihre Vereinigung vom Staate genehmigt ist, den fortdauernden Genuß ihrer bürgerlichen Rechte und Ehren ausdrücklich zugesichert habe, so darf dieser Bestimmung, — wie Ich dem Staats-Ministerium zur Vermeidung möglicher Mißverständnisse hierdurch eröffne, — nicht die Auslegung gegeben werden, als ob der Beitritt zu einer vom Staate noch nicht genehmigten Religionsgesellschaft ohne Weiteres den Verlust jener Rechte und Ehren zur Folge habe. Eine solche Auslegung würde ganz Meiner Absicht entgegen sein. Insbesondere mache ich darauf aufmerksam, daß kein Militär- oder Civil-Beamter blos deßhalb, weil er sich von seiner Kirche getrennt und einer bisher noch nicht genehmigten Religionsgesellschaft angeschlossen hat, in den mit seinem Amte verbundenen Rechten, sofern nicht das Amt selbst, wie z. B. bei den Schullehrern 2c., durch eine bestimmte Konfession bedingt ist, eine Schmälerung erleiden darf. Ich überlasse den einzelnen Verwaltungs-Chefs hiernach die Behörden mit deren nöthigen Anweisung zu versehen.

Berlin, den 30. März 1847.

An das Staats-Ministerium.

Friedrich Wilhelm.

VIII.

Vorschlag einer Sammlung deutscher Rechtsgewohnheiten.

Von

Dr. Karl Sternberg,

Obergerichtsanwalte und Privatdocenten zu Marburg.

Nebst einer Anmerkung der Redaktion.

Die Entwicklungsgeschichte der deutschen Rechtsgestaltung zerfällt in drei Hauptperioden:

1) die des urdeutschen Patriarchalsystems,

2) die des Feudalsystems,

3) die der Herrschaft der Staatsidee.

Sie werden nicht sowohl durch Jahreszahlen geschieden, als durch den Durchbruch einer neuen Lebensidee, welche, sich der Herrschaft bemächtigend, die Bruchstücke des früheren Systemes in sich aufnimmt, und dem neuen Organismus entsprechend gestaltet.

So verlor sich der bewegende Pulsschlag der ersten Periode, die Gau- und Markenverfassung, ohne große Erschütterungen in dem Feudalsysteme, in gleichem Schritt mit dem Wachsthume der Lehensidee; so starb die Lehensidee immer mehr ab, je mehr die Herrschaft der Staatsidee und die in ihr gegründete Anforderung der Gleichheit vor dem Gesetz zur Entwicklung und zum Bewußtsein gelangte. Ist auch der Uebergang der 2. in die 3. Periode durch heftige Erschütterungen bezeichnet, so muß man doch anerkennen, daß der gesunde Sinn des Deutschen stets auf die Bahn organischer Entwicklung zurücklenkte, selbst wenn die Gewalt der Ereignisse ihn zeitweise über die Gränze hinausgewiesen hatte.

Aus der ersten wie aus der zweiten Periode finden sich daher noch mannigfache Ueberreste; ja gerade diesen Perioden gehört der

Kern derjenigen autonomischen Rechtsverhältnisse an, welche heutiges Tags, unter dem Schutze der Gewohnheit, gegenüber den legislativen Operationen der 3. Periode sich behaupten.

Die deutschen Rechtsgewohnheiten sind daher die ächten Kinder unserer Vergangenheit, die Zeugen unserer Nationaleigenthümlichkeit, der patriotische Nerv in den mannigfach in den Kosmopolitismus hinüberspielenden legislativen Tendenzen unserer Zeit; trotz mancher niederschmetternder Ereignisse durchlaufen sie noch immer von den höchsten bis zu den niedrigsten Punkten das ganze Geripp unserer Staaten, bilden einen unendlich geschmeidigen und festen Kitt, und es ruht in der großen Mehrzahl ein Rechtsschutz, eine Zartheit und Innigkeit der Beziehungen zwischen den verschiedenen Nationalelementen, welche durch keine selbstgeschaffenen Einrichtungen ersetzt werden können. Das ganze Privatfürstenrecht, die Ständeverhältnisse, die Privilegien und Freiheiten der Städte, die Gemeindeeinrichtung der Dorfschaften, ja selbst die kirchlichen Verhältnisse — worauf beruhen sie anders, als auf dem Gesetz der Gewohnheit, und selbst wo neue legislative Operationen daran gerüttelt haben — muß man naturgemäß stets wieder auf die verlassene Bahn zurücklenken.

Man hat oft darüber geklagt, daß unserer Zeit der Geschichtssinn fehle, nemlich der lebendige Sinn, welcher das System des Staates nicht im Kopfe, sondern im Herzen trägt. Ich gebe zu, daß in dem Mangel der Geschichtskenntniß der Hauptgrund zu suchen ist, weßhalb unsere Juristen die zahlreichen, theils aus der Zeit des urdeutschen Patriarchalsystems, theils aus der Zeit des Feudalsystems herstammenden Rechtsgewohnheiten wahrhaft lästerlich mißhandeln, und so die Schuld des sich täglich häufenden Kontrastes tragen; was aber den Geschichtssinn der Zeit angeht (und darunter verstehe ich den Rechtssinn der großen Menge), so hat derselbe, meine ich, ein sehr bestimmtes Gepräge; er trägt den Lebensnerven unserer Zeitperiode in sich, die Verwirklichung der Herrschaft der Staatsidee ist sein unabweisbares Ziel. In dieser Gestalt sind ihm aber auch die Gestaltungen der Rechtsgewohnheiten noch recht wohl gemeinverständlich. Begreiflich, die Rechtsgewohnheit ist ein volksthümliches Erzeugniß; wie soll sie begriffen werden ohne volksthümliche Repräsentation. Ohne Oeffentlichkeit und Münd-

lichkeit der Gerichtsverfassung wird die Rechtsgewohnheit stets ein vereinzeltes, halb angestauntes, halb bemitleidetes Ding bleiben; ihre vaterländische Bedeutung wird nicht begriffen, und ihr klares Wasser kitzelt mehr als eine Rarität den Gaumen der Gelehrten, als daß es zu einem gesunden Trunke für das Volk würde, welches sich, da ihm das, was es vom Staate versteht, entrückt ist, unter der Aegide der Zeitungen jetzt mehr und mehr auf die höchsten Gebiete des Staatswesens drängt, um da sich in eitlen Träumereien für das verlorene Leben zu entschädigen. Unsere Zeitungen selbst versanden immer mehr auf dieser Klippe; seichte Romanenlektüre stachelt dazwischen die verdrießlichen Lebensgeister auf, — natürlich; denn man hat Langeweile, und man muß sie haben, weil man principiell gerade an den nächstliegenden Angelegenheiten des öffentlichen Lebens keinen Theil hat.

Nach dem Obigen kann ich ein wahres Gedeihen für die deutsche Rechtsgewohnheit und in ihr für eine volksthümliche Rechtsgestaltung nur erst von der Zukunft erwarten. Wenn ein öffentlich-mündliches Verfahren das Gesetz in das Volk und den Rechtsbegriff des Volkes in das Gesetz einführt, wenn in einem durchgebildeten Repräsentativsysteme die Gegensätze sich als Kinder einer gemeinsamen Idee erkennen, wenn sich das wilde Brausen des Kampfes um die Grundprincipien verloren hat, und ein gemessener Wellenschlag des fortschreitenden Stromes zeigt, daß das chaotische Gewühl um die Dämme vorüber ist, dann hoffe ich für das Rechtsleben Deutschlands eine neue kraftvolle Zukunft.

Jedenfalls aber muß ich den Bestrebungen der deutschen Gelehrten, einer besseren Zeit vorzuarbeiten, Anerkennung widerfahren lassen. Ihnen wird ohnehin die Aufgabe anheimfallen, für den praktischen Juristen gleichsam den Dolmetscher der Volksgewohnheit abzugeben. Wenn man gegen Beseler's Volks- und Juristenrecht eingewandt hat: der Jurist gehöre doch auch zum Volke, so wird das kein vernünftiger Mensch bestreiten; allein man hat übersehen, daß die Volksgewohnheit nicht auf der allgemeinen Breite des Staatsgebietes wurzelt, sondern in individuellen Kreisen. Ein volksthümliches Rechtsbewußtsein ist daher nur unter der speciellen Klasse von Leuten zu Hause, welche in diesen Gewohnheiten aufgewachsen sind, und man muß dieses Rechtsbewußtsein von dem Rechtsverständniß wohl unterscheiden.

Das Rechtsbewußtsein gleicht dem Instinkt. Das Rechtsverständniß ist die Abstraction der Regel. Daher kommt es denn aber, daß die Betheiligten so schwer Rechenschaft über ihre eignen gewohnheitlichen Rechtsverhältnisse zu geben wissen. Das, was uns alltäglich ist, verliert das Bemerkenswerthe. Wer vermöchte Rechenschaft darüber abzulegen, wie er das Essen und Trinken anfängt. So fast geht's auch dem Bürger, dem Bauer mit der Rechtsgewohnheit. Es ist nicht möglich, daß der Jurist sie richtig erforsche, geschweige denn entscheide, ohne daß er der Geschichte den Lebensnerven abborgt, woraus sie entsprossen ist.

Ist es erst gelungen, die Rechtsgewohnheit auf ihre Zeitperiode und die darin gelegene Grundidee zurückzuführen, so hat man halb gewonnen Spiel; es nehmen dann plötzlich aber auch Kleinigkeiten, die man früher gar nicht beachtet hat, ein sehr entscheidendes Gewicht an.

Darum sind denn auch terminologische Werke, wie Jakob Grimm's Rechtsalterthümer, von so großem Werthe für die Erforschung und das Verständniß der Volksgewohnheiten. Auch die Sammlungen alter Urkunden, wie z. B. Lennep's Codex Probationum zu dessen Abhandlung von der Leihe zu Landsiedelrecht, Jakob Grimm's Weisthümer sind, obgleich sie in praxi vorsichtig benutzt sein wollen, sehr dankenswerth.

Allein den Hauptstein können nur die Praktiker liefern, indem sie die in tausend und aber tausend kleinen Stämmen und Stämmchen lebenden Rechtsgewohnheiten, unter Veranschaulichung des Einflusses der neueren Gesetzgebung, sammeln und zusammenstellen, wonach es dann dem Gebiete der Geschichtsforschung anheimfällt, ihre gemeinsame Fundamentalquelle aufzudecken.

Nur auf diesem Wege wird man das Ziel eines gemeinsamen deutschen Rechts, einer übereinstimmenden Gesetzgebung erreichen können, ohne die empfindlichsten Stellen des nationalen Rechtsbewußtseins zu verletzen.

Auch in anderer Hinsicht könnte das Unternehmen einer Sammlung der im Volke lebenden Rechtsgewohnheiten (wozu, wie schon gesagt, die Sammlungen älterer Urkunden vorsichtig benutzt, eine erfreuliche Zugabe sind) sehr bedeutende Resultate erzielen, namentlich für die Alterthumskunde. Selten, daß eine Gewohnheit allein steht; meist hat sie ihre Verzweigungen, und sie führen auf

die ursprüngliche Stammesgemeinschaft hin. Ob es möglich wäre, mit Hülfe einer anzulegenden Karte (wobei, außer den Rechtsgewohnheiten, allenfalls auch die geltenden geschriebenen Rechte angemerkt werden könnten) ein förmliches System der deutschen Rechtsgewohnheiten aufzufinden und wissenschaftlich zu begründen, mag zweifelhaft sein, aber der Versuch wäre für den Germanistenverein zu wagen.

Wenn man sagt, die Kraft der Rechtsgewohnheit sei längst gebrochen, sie könne sich nicht behaupten, so liegt der Irrthum darin, daß man die Bedeutung, den Charakter der Rechtsgewohnheit nicht erkannt hat. — Es gibt Rechtsverhältnisse, welche für eine gewohnheitliche Arrondirung gar nicht geeignet sind; sie bedürfen des Gesetzgebers und, in Ermangelung desselben, einer praktischen Rechtsphilosophie, wie diese im römischen Rechte geboten ist. Dahin gehören z. B. die Verkehrsverhältnisse. Der Kosmopolitismus ist ihr natürliches Feld und die Nation, welche hier ihren Patriotismus gründen wollte, würde damit ihre Pflichten gegen andere Nationen verletzen und sich, in ihr selbst verderblicher Weise, isoliren. Nein die Gewohnheit kann nur da sich entfalten und behaupten, wo die Charaktereigenthümlichkeit des Volkes ruht, z. B. in den Ständeverhältnissen, dem Grundeigenthum u. s. f.

Weise Regierungen haben auch schon wohl erkannt, welche bedeutende Stütze den Staaten in diesen Gewohnheiten gegeben sei, wie gefährlich es sei, sie zu verletzen. Im Bereiche des Prozesses, der Bestimmungen über Verbrechen und Strafe hat der Gesetzgeber schon freiere Hand; auch im Bereiche der civilistischen Verhältnisse mag man die allgemeinen Verkehrsverhältnisse immerhin auf gemeinsame Principien zurückführen; wo aber die nationaleigenthümlichen Verhältnisse beginnen, da hat man die äußerste Vorsicht zu beobachten, um nicht durch die Gesetzgebung geradezu Revolutionen zu erzeugen. Selten sind diese Rechtsverhältnisse rein privativer Natur; meist verzweigen sie sich ungleich inniger in den Bau der Staaten, als dieses auf den ersten Anblick scheint.

Will man daher die Gesetzgebung auch auf dieses Feld erstrecken, so sollte man wenigstens darnach streben, stets die Fugen für die Gewohnheiten zu lassen, oder wo es auf eine organische

Entwickelung ankommt, mit Sorgfalt die Gewohnheiten erforschen und nie vergessen, daß, wenn das Gesetz Güter des Lebens, welche früher Einzelnen angehörten, neu vertheilt, die strengste Gerechtigkeit leiten müsse. In der That ist man sich dessen auch in Deutschland bewußt. Während z. B. in Frankreich das Lehenwesen schonungslos niedergeschmettert wurde, hat man bei uns die Lehenverhältnisse meist nur für ablösbar erklärt und so das Gesetz der austheilenden Gerechtigkeit zu verwirklichen gesucht.

Von welcher Bedeutung die Rechtsgewohnheit noch heutiges Tags in Deutschland ist, das mag endlich ein Blick auf die besonderen Bestimmungen der Bundesakte vom 8. Juni 1815 lehren; denn was enthalten diese Bestimmungen anders, als die Regelung althergebrachter Gewohnheiten im neuen System. Es ist darin namentlich das oberste Präjudiz für unsere Ständeverhältnisse enthalten, und es ist um so weniger zu billigen, diese Rechtsverhältnisse ganz in den Landesherrschaften aufgehen zu lassen, als darin, bei den starren Gegensätzen unseres völkerrechtlichen Systems, der letzte Kitt für Deutschlands Einheit ruht. S. übrigens Justus Möser, patriotische Phantasien Thl. II. Stück 2. „Der jetzige Hang zu allgemeinen Gesetzen und Verordnungen ist der gemeinen Freiheit gefährlich.“

Anmerkung
zu vorstehendem Aufsatze.

Der Vorschlag, die geltenden Gewohnheiten unseres Volkes zu sammeln und zum wissenschaftlichen Verständnisse zu bringen, wird vielleicht Einigen gesucht oder unfruchtbar erscheinen. Wenn auch einmal in einem Rechtsstreite ein abweichendes Gewohnheitsrecht behauptet wird, so weiß man ja aus den Gesetzen, daß die Partei, welche dasselbe vorschützt, zum Beweise verpflichtet ist. Und wie selten gelingt ein solcher Beweis? Ist also nicht schon deßhalb anzunehmen, daß nur wenige „sonderbare“ Gewohnheiten jetzt noch im Volke bestehen, und so weit solche bestehen,

ist nicht der vor dem Richter zu führende Beweis das bequemste und sicherste Mittel, sie kennen zu lernen?

»Si casus dabitur, nos respondebimus!« Das ist allerdings häufig eine ganz gute Antwort auf eine müßige Frage. Aber wie wenn der Fall da, und man doch nicht zu antworten weiß — weil die Gewohnheit nicht unter die gangbaren Schulbegriffe paßt, oder weil die Zeugnisse für dieselbe nicht im Zusammenhange mit Anderem, was als bekannt vorausgesetzt ist, gewürdiget worden? Geschieht da nicht wirkliches Unrecht?

Sicher wird ein großer Theil der Leser dieser Zeitschrift mit mir anerkennen, daß solche Fälle vorkommen. Viele Erkenntnisse fallen in der That nur darum so unrichtig und für den Laien unbegreiflich aus, weil der Richter das Volk nicht kennt, weil er auf einem andern Boden steht als die handelnden Personen, weil er in einer andern Sprache redet, ja man könnte sagen, mit andern Sinnen wahrnimmt, anders denkt und empfindet, und daher auch anders urtheilt. Wenn der Germanist in den Spruchkollegien zuweilen so glücklich ist, eine unglückliche Entscheidung abzuwenden, die aus dem fremden Rechte geschöpft worden, so verdankt er dieß weniger der Sicherheit im einheimischen Rechte, die äußerst selten ist, als einem natürlichen Tacte oder Rechtssinn, den er sich durch die Richtung auf das volksmäßige Recht erworben hat. Aber auch diese Richtung und jener Tact werden unvollständig sein und bleiben, so lange die Rechtswissenschaft bloß auf die geschriebenen Denkmäler und Gesetze, und nicht auch auf die unmittelbare Anschauung des Lebens selbst und seiner Gewohnheiten gegründet ist*). Erst dadurch wird es möglich werden, unserer Wissenschaft Halt und Bedeutung in unserem Volke zu geben, sie im rechten Sinne populär (nicht vulgär) zu machen, was sie derzeit so wenig ist, als die römische Jurisprudenz.

Wie aber sich diese Anschauung verschaffen? Die Welt unserer Gelehrten ist bekanntlich eine eigene, vielfach abgeschlossene, mehr

---

*) Auf diesen empirischen Weg, als Mittel zur Erweiterung unserer wissenschaftlichen Erkenntniß, habe ich hingewiesen in dem württembergischen Privatrecht Bd. I. §. 56 u. 57. (2. Aufl. §. 58 u. 59.) Allein umfassender und genauer eingehend ist dieß nun geschehen von Beseler, Volksrecht und Juristenrecht S. 109 f.

noch wie die Beamtenwelt. Wie hier Acten die Hauptbeschäftigung bilden, so dringen dort fast nur Bücher ein. Soll daher der Blick des Rechtsgelehrten sich erweitern auf das bloß im Herkommen Ruhende, so muß ihm dieses entweder durch öffentliche Sammlungen des Gewohnheitsrechts, wie diese früher in Frankreich und zum Theil auch in Deutschland angelegt wurden, nahe gebracht werden. Oder es müssen die einzelnen Juristen, was ihnen auch in anderem Betracht zuträglich wäre, sich in eigener Person auf den Weg machen, und nach Art eines Botanikers die Rechtspflanzen an Ort und Stelle aufsuchen und zerlegen.

Gewiß wäre es sehr verdienstlich gewesen, wenn Hr. Dr. Sternberg eine Sammlung solcher naturwüchsiger Rechte, z. B. der Rechtsgewohnheiten im Odenwalde sogleich selbst angelegt, und seinem Vorschlage als Probe beigefügt hätte. Er würde dadurch wohl mehr noch überzeugt haben, als durch die warme Begründung seines Vorschlags in obigem Aufsatze. Indessen mag dergleichen vorläufig jeder in seiner Weise versuchen. Nur daß die Sache jetzt wieder in's Auge gefaßt und von verschiedenen Seiten darauf ausgegangen werde, scheint vor Allem wünschenswerth. Wenn dann in Folge der gegebenen Anregung Einzelne in ihrem Umkreise sich bemühen und die gemachten Erfahrungen auf der Germanisten-Versammlung mittheilen wollten, so ließe sich daran leichter ein gemeinsames Verständniß und sicheres Handeln knüpfen. Die Hauptaufgabe wird aber immer den Bearbeitern der Partikularrechte anheimfallen, welche auch den übrigen Stoff in Händen haben, mit dem die Gewohnheiten verbunden sind.

Zwei Erscheinungen, welche der Herr Verf. als der Geltung der Gewohnheiten günstig voraussetzt, könnten leicht gegen seinen Vorschlag benützt werden; wir meinen die theils eingeführten, theils zu erwartenden Aenderungen unsres Gerichtswesens, und andererseits die im Werke befindlichen Gesetzbücher und Gesetzesrevisionen.

Der Unnatur amtlicher Zurückgezogenheit unserer practischen Rechtsgelehrten wird allerdings — so scheint es — künftig dadurch begegnet werden, daß die wichtigsten Geschäfte, wenn auch nicht wieder unter den Wolken, so doch öffentlich und mündlich in geräumigen Gerichtssälen werden verhandelt werden. Dieß muß auch auf die Rechtsgelehrsamkeit zurückwirken, welche ihr fremdartiges Gewand ablegen und dafür eine reiche Erkenntnißquelle und höhere

Brauchbarkeit eintauschen wird. Auch die Rechtsgewohnheiten werden sodann wieder Gegenstand unmittelbarer Beobachtung an der Gerichtsstätte werden, und sich leichter sammeln und verarbeiten lassen. Es möchte aber deßhalb die Ausführung obigen Vorschlags nicht zu verschieben sein; im Gegentheile scheint es, sollten die Rechtsgelehrten, Theoretiker wie Practiker, um so mehr sich bemühen, das Volksrecht sich zeitig anzueignen, um desto gewissenhafter und erfolgreicher künftig vor dem Volke urtheilen zu können.

Auch für die Gesetzgebung, im Großen und Kleinen, ist die Aufzeichnung des Gewohnheitsrechts nur wünschenswerth, theils als Vorarbeit und Grundlage, theils um die hohe Meinung von dem Werthe unserer Gesetzgebung in etwas herabzustimmen. Zum Beweise, wie machtlos öfters das Gesetz ist gegen die Gewohnheit, führe ich nur an: In dem ehmaligen Vorderöstreich hat die hergebrachte allgemeine Gütergemeinschaft durch Einzelverträge sich behauptet gegen das im östreichischen Gesetzbuch v. J. 1786 eingeführte römische Dotalsystem und großentheils auch noch gegen das seit 1807 in Oberschwaben geltende württembergische Landrecht. Ferner haben sich auf dem Schwarzwalde große freie Bauerngüter unzertrennt in einzelnen Familien erhalten trotz der Ungunst der Gesetzgebung, welche die Theilbarkeit, selbst von Lehen, befördert und kein Rettungsmittel gegen zunehmende Güterzertrümmerung und die daraus in kurzer Zeit erfolgende Kleinhäuslerei und Bettelei (z. B. Gestattung bäuerlicher Majorate) an die Stelle gesetzt hat. Es sind dieß nur nahe liegende Beispiele, welche aber mit vielen anderen vermehrt werden könnten.

„Die Alten waren auch nicht dumm!" hört man jetzt, wo die allgemeine Noth überrascht, fast an allen Ecken. Ob sich dieß die Neueren wohl merken, oder das, was noch gesunden Grund hat in unsrem Rechte, vollends wegräumen, vielleicht die Gesetzgebung von neuem römisch aufbauen werden — wer kann dafür bürgen?

Reyscher.

IX.

Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, herausgegeben von J. A. Seuffert (Appellationsgerichtsrath). Ersten Bandes erstes Heft. München 1847.

Angezeigt

von

Reyscher.

Die alten Reichsgerichte, welche sonst die Träger einer gemeinen Praxis waren, sind nicht mehr; es kann also nur noch durch die Uebereinstimmung der Landesgerichte und zunächst der obersten unter ihnen ein deutscher Gerichtsbrauch vermittelt werden. Leider ist aber auch unter den Gerichten desselben Landes jetzt weniger Uebereinstimmung als zuvor. Der große Wechsel in der Gerichtsbesetzung und der Umstand, daß bei den Anstellungen nicht immer auf ausgezeichnete Befähigung, namentlich auf fortgeschrittene wissenschaftliche Bildung, sondern auch auf politische Anstelligkeit gesehen worden, hat dem Ansehen mancher Oberhöfe und der von ihnen befolgten Meinungen geschadet. Daher kommt es, daß wohl häufig auf einzelne Vorgänge, aber äußerst selten auf eine konstante Praxis (die es jetzt kaum mehr gibt) sich berufen wird. Solche Beispiele, Präjudizien genannt, wenn sie auch als Gemeinbescheide den Untergerichten mitgetheilt sind, können eine spätere bessere Ueberzeugung desselben Gerichts oder eines Niedergerichts nicht ausschließen; aber sie hindern sie gewissermaßen doch, weil es bequemer ist, einen Vorgang anzuziehen, als eine eigene Ueberzeugung, mit der man nicht immer glücklich ist, erst zu gewinnen.

Nicht bloß handschriftliche Präjudizien- und Normalienbücher, welche bei den meisten höheren Landesgerichten jetzt angelegt sind,

auch gedruckte Sammlungen in großer Zahl erleichtern die Einsicht in den Stand der Ansichten jener Gerichte, und könnten allmälig wieder zu festeren Meinungen führen — vorausgesetzt, daß die mitgetheilten Gründe überzeugend sind. Deßhalb und dann auch um der Ehre der Gerichte willen, welche durch Veröffentlichung seichter oder offenbar unrichtiger Entscheidungsgründe nicht befördert wird, sollten die Präjudiziensammler mit großer Vorsicht zu Werke gehen, und lieber ihre Kräfte und Mittel vereinigen, als durch besondere Sammlungen den Büchermarkt mit zum großen Theil unfruchtbarem Wuste anschwellen.

Doch es bedarf unserer Worte nicht, um einem Plane, der ebenso wie der oben S. 303 besprochene Vorschlag mit der Germanisten-Versammlung in Verbindung gebracht wird, Eingang zu verschaffen. Hier kommt der Rath gleich mit der That, und wir können das verdienstliche Unternehmen nicht besser empfehlen, als durch Anführung der eigenen Worte des Herrn Herausgebers in der Vorrede S. IV. f. „Allgemein wird in unsern Tagen das Bedürfniß gefühlt, für die Wechselwirkung zwischen Theorie und Praxis thätiger zu sein. Dieses Gemeingefühl hat mich zu dem literarischen Unternehmen angeregt, dessen Probeheft ich hier dem Publikum übergebe. Die neu begründete Zeitschrift soll Entscheidungen aus den Gebieten des Civilrechts und Civilprocesses mittheilen, welche bei den obersten Gerichten in den deutschen Staaten nach gemeinem Rechte (deutschen oder fremden Ursprungs) ergangen sind. Dazu sind aber auch Entscheidungen gerechnet, welche auf Anwendung particularrechtlicher Normen (die Gesetzgebungen von Oesterreich, Preußen und Baden nicht ausgeschlossen) beruhen, wenn die angewandten Normen mit gemeinrechtlichen Vorschriften oder mit solchen Rechtssätzen zusammentreffen, welche in der Wissenschaft des gemeinen (römischen oder deutschen) Rechts einen festen Boden haben. Wo man die particularrechtlichen Allegate wegstreichen, resp. durch Anführung ihres Inhalts ersetzen kann, ohne daß dadurch einem Gliede der Argumentation, diese aus dem Standpunkte des gemeinen Rechts erwogen, die nöthige Begründung entzogen würde, da ist die Entscheidung für das Archiv geeignet. — Mir schwebt, bezüglich der Erstreckung meines Unternehmens auf Entscheidungen nach particularrechtlichen Normen, die Idee eines gemeinen Rechts vor, umfassend alle diejenigen Rechts-

20*

sätze, welche, obwohl in den mannigfachen, in Deutschland geltenden Rechtsquellen nicht gleichmäßig ausgesprochen, doch ein Ergebniß der Ausprägung allgemeiner überall zu Grund liegender Rechtsbegriffe, ein Facit aus dem Rechnen mit diesen Rechtsbegriffen sind, — welche als der Inhalt eines im ganzen Umfange deutschen Rechtslebens und deutscher Rechtsanwendung geltenden jus gentium (german.) erscheinen. Das gemeine Recht in diesem Sinne eifrig zu pflegen, sich die Richtungen des auf Erhaltung dieses deutschen Gemeingutes abzweckenden Strebens klar zu machen, und diese Bestrebungen zu organisiren, thut meines Erachtens um so mehr noth, als die große Regsamkeit der Gesetzgebung in den einzelnen Staaten und die geringe Aussicht auf gemeinsame deutsche Gesetzgebung besorgen lassen, es könne die deutsche Rechtswissenschaft immer mehr von particularem Codicismus in den Hintergrund gedrängt werden. Möge von der Germanisten-Versammlung die Lösung der Aufgabe besprochen und herbeigeführt werden, den in der gesammten particularrechtlichen, theoretischen und praktischen Literatur für gemeines Recht sich darbietenden Gewinn auszubeuten, und in wissenschaftlicher Weise darzustellen."

„Es liegt in meinem Plane, besonderen Bedacht auf Mittheilung solcher Entscheidungen zu nehmen, welche die neueren, durch die großartige Entwicklung der Industrie und die Bedürfnisse des Credites hervorgerufenen Erscheinungen des Rechtslebens betreffen, oder den Uebergang der neuen Forschungen, und überhaupt der modernen Wissenschaft in die Praxis zu beurkunden geeignet sind, — oder in welchen sich Vorschriften neuerer Particulargesetze als ein Product der Natur der Sache, als eine Abhülfe für praktische Bedürfnisse, und in dieser Eigenschaft als Bestandtheil des gemeinen Rechts darstellen."

„Das vorliegende Probeheft enthält Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe zu Berlin (geheimes Obertribunal und rhein. Cassations- und Revisionshof), München, Stuttgart, Dresden, Celle, Mannheim, Cassel, Darmstadt, Jena, Rostock (resp. Parchim), Oldenburg, Wiesbaden, Wolfenbüttel und Lübeck. Die meisten sind (kraft der in Art. 1 und 2 des bayer. Gesetzes vom 15. April 1840, das literarische Eigenthum betr., gemachten Vorbehalte) theils auszugsweise, theils in selbstständiger Redaction, gedruckten Sammlungen entnommen, deren

Mehrzahl außer den Gränzen der betreffenden Staaten nur ein geringes Publicum findet. Ich ging aber, indem ich mich zu diesem Unternehmen entschloß, von der zuversichtlichen Voraussetzung aus, nach vorgängigen, mit Hülfe gedruckter Materialien vollbrachten Probeleistungen, für die Ausstattung des Archivs reichliche handschriftliche Mittheilungen, insbesondere von Seite der Mitglieder der obersten Gerichte in den deutschen Staaten zu erhalten. Diese werden sich, wie ich hoffe, von der Gemeinnützigkeit meines Beginnens überzeugen, und gern die Gelegenheit ergreifen, durch Förderung desselben zugleich den Erzeugnissen ihrer wissenschaftlich-amtlichen Thätigkeit einen segensvollen Wirkungskreis im ganzen deutschen Vaterlande zu verschaffen."

„Gelingt das Unternehmen durch die gewünschte und hiemit freundlichst erbetene Mitwirkung, vorzüglich von Seite der Mitglieder der obersten Gerichte, so läßt sich wohl im Laufe der Jahre ein günstiger Einfluß nicht bloß auf die Rechtsanwendung, sondern auch auf die Doctrin, durch Bereicherung des Stoffs und Belebung der Darstellung, ferner auch ein Vorschub für die Gesetzgebung erwarten. Zudem würde dieses Zusammenwirken der deutschen höchsten Gerichtshöfe als eine sehr erfreuliche, im besten Sinne germanistische That erscheinen."

Es ist nicht zu bezweifeln, daß die deutschen Rechtsgelehrten ohne Unterschied mit Freude dazu beitragen werden, die begonnene Sammlung zu unterstützen; denn jeder weiß, wie wenig im Allgemeinen durch vereinzelte Unternehmungen dieser Art bisher für das gemeine deutsche Recht geleistet wurde. Theils waren die Rechtsfälle nicht glücklich gewählt, theils begnügte man sich, ausführliche Relationen wörtlich abzudrucken, worin bald diese, bald jene Nebenfragen mit abgehandelt worden. Eine musterhafte Sammlung, welche namentlich im deutschen Rechte ihre Verdienste hat: die juristischen Abhandlungen mit Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der freien Städte von Heise und Cropp, ist leider nicht fortgesetzt worden. Auch ohne in den einzelnen Beiträgen wissenschaftlich dasselbe zu leisten, kann das gegenwärtige Unternehmen immerhin große Früchte tragen, wenn sich der Herausgeber und seine Mitarbeiter, wie im ersten Hefte geschieht, auf die Anführung der Hauptgründe beschränken, welche im einzelnen Falle wirklich entschieden haben, und wenn nur solche Entscheidungen mitgetheilt werden, die eine

Beziehung zum heutigen gemeinen deutschen Rechte haben. Ob der einzelne Rechtssatz den deutschen Verhältnissen eigenthümlich, oder aus dem fremden Rechte in das deutsche übertragen worden, ob er in den Pandecten oder in dem deutschen Privatrechte, wie dieses gewöhnlich vorgetragen wird, seine Stelle findet, darauf kommt es überall nicht an, wofern nur der Standpunkt in der Behandlung der deutsche ist. Ebenso können füglich Bestimmungen, welche in der Form von Partikulargesetzen vorliegen, beigezogen werden, wenn nur ihr Inhalt von gemeinrechtlicher und nicht bloß örtlicher Bedeutung ist. Dazu genügt aber, wie der Herausgeber bemerkt, wenn die Bestimmung als ein Product der Natur der Sache sich darstellt.

Wir gedachten ursprünglich aus unserer Zeitschrift zugleich einen Mittelpunkt für merkwürdige Entscheidungen aus dem gemeinen Rechte zu machen. Allein das Streben nach wissenschaftlicher Durchbildung des Staats- und Privatrechts und der Kampf für unsere Wissenschaft selbst sind bisher uns besonders nahe gelegen, und werden wohl auch künftig den Raum dieser Zeitschrift großentheils in Anspruch nehmen. Um so erwünschter ist es, wenn das reiche Gebiet der privatrechtlichen Casuistik ein eigenes tüchtiges Organ findet, das mit uns gemeinsam das Ziel einer gesunden, den heutigen Bedürfnissen entsprechenden Gerechtigkeitspflege erstrebt.

Dabei werden wir nach wie vor gerne einzelne tiefer gehende Entscheidungen aufnehmen, bei welchen es entweder um Lösung zweifelhafter Fragen des gemeinen Rechts, oder um Sicherung des lange zurückgesetzten germanistischen Standpunkts in der richterlichen Beurtheilung zu thun ist.

Wir bemerken nur noch, daß in dem ersten Hefte des Archivs auf dem kleinen Raum von 151 Seiten nicht weniger als 150 Entscheidungen über großentheils wichtige Fragen des Privatrechts und Civilprozesses mitgetheilt sind.

Das Archiv wird von der Verlagshandlung (Literarisch-artistische Anstalt von J. G. Cotta) als Zeitschrift angekündigt, und es sollen jährlich 3 Hefte von 10 Bogen erscheinen.

Reyscher.

X.

Das Recht der Actiengesellschaften.

Von

Dr. Julius Jolly

in Heidelberg.

Einleitung.

Das Thema, welches den Gegenstand der folgenden Abhandlung bildet, wird einer Empfehlung kaum bedürfen; es bietet des praktischen und des wissenschaftlichen Interesses so viel dar, daß ihm schon seit einiger Zeit von verschiedenen Seiten her die Aufmerksamkeit zugewendet wurde, ohne daß es gelang, auch nur in den Hauptpunkten Uebereinstimmung zu erzielen. Je dringender aber die klare und bestimmte Erkenntniß der Natur eines Institutes ist, das mit jedem Tage eine ausgedehntere Herrschaft in allen Beziehungen unseres Verkehrs erlangt: desto leichter wird jeder Versuch, zur Erreichung des angestrebten Zieles nach Kräften beizutragen, eine wohlwollende Aufnahme finden. Es gehört das in Frage stehende Verhältniß zu denjenigen, an deren Bearbeitung die Kraft unserer eigenen, vaterländischen Jurisprudenz sich erproben, an denen sich zeigen muß, wie weit wir, des römischen Führers beraubt, auf der nicht leicht zu findenden Bahn klarer juristischer Anschauungen zu wandeln vermögen. Es können die Actiengesellschaften mit allen ihnen heutzutage unzweifelhaft zukommenden Eigenthümlichkeiten anerkanntermaßen nicht direct unter römische Rechtsregeln gestellt werden, sondern sie folgen in vielen und gerade den wichtigsten Punkten nur ihren eigenen Grundsätzen. Durch die jeweils Betheiligten sind in Form von s. g. Statuten für alle einzelnen Actiengesellschaften zahlreiche Normen aufgestellt, welche freilich zunächst immer nur über die Rechte und Verbindlichkeiten in dem gerade vorliegenden Falle sich aussprechen, aber doch als eben so viele Erklärungen der Partheien über dasjenige,

was sie in solchen Verhältnissen für Recht halten, einen ganz sichern Boden gewähren, um von da aus den allgemeinen theoretischen Gedanken zu erfassen, der allen einzelnen Erscheinungen des Verhältnisses zu Grunde liegt. Der Zweck dieses Verhältnisses, die Gefahren und Mißbräuche, zu welchen es Veranlassung geben kann, sind weit über den Kreis derer hinaus, welche sich an solchen Instituten zu betheiligen pflegen, bekannt; das Institut ist für unsere gesammten Verkehrs-Verhältnisse von solcher Wichtigkeit, daß das ganze Publikum an seiner Entwickelung Theil nimmt, und mit Recht gesagt werden kann, die Vorstellungen und Begriffe, auf denen es beruht, sind Gemeingut aller, die in der Gegenwart wirklich leben; nur sind die Vorstellungen zu dunkel, die Begriffe zu vag. Unter solchen Umständen wird der Versuch gerechtfertigt erscheinen, durch lebendige Aufnahme aller der Eindrücke, welche das Leben in reicher Masse darbietet, auf den Kern der ganzen Einrichtung zu dringen, und dann von hier aus mit Benutzung allgemeiner juristischer Grundsätze das rechtliche Wesen derselben im Einzelnen zu entwickeln.

Erstes Kapitel.

Begriff, Wesen und Arten der Actiengesellschaft.

§. 1. Begriff der Actiengesellschaft.

Wir sehen täglich im Leben Gesellschaften stiften, um mit vereinigter Kraft zu erreichen, was für den Einzelnen entweder ganz unmöglich oder doch nur gegen unverhältnißmäßige Opfer und Gefahren ausführbar wäre. Während der Römer die societas als eine mater rixarum mit ängstlichen Blicken betrachtete, ist nach unserer Denkungsweise die Vereinigung Mehrerer, ja ganzer Massen ein äußerst beliebtes Auskunftsmittel, um Schwierigkeiten zu beseitigen, welchen Einzelkräfte nicht gewachsen sind. Kein Wunder also, daß unser Recht viel mannigfaltigere Formen der Vergemeinschaftlichung erfunden hat, als das römische Recht sie kannte; daß sich Arten der Verbindung entwickelt haben, in welchen die Einheit der Verbundenen stärker und nachdrücklicher hervortritt, als in der römischen Sozietät, wodurch zwei Vortheile zu gleicher Zeit gewonnen werden: den Verkehr der Genossen als solcher mit Dritten zu erleichtern, und mit Rücksicht auf die hervorragende Einheit Aller die Individualität der Einzelnen mehr in den Hintergrund treten zu lassen. Solcher Ver-

bindungen, in welchen der Gedanke der Einheit der Genossen in einer oder in mehreren Beziehungen hervortritt, kennt das deutsche Recht eine ziemliche Anzahl, und unzweifelhaft ist unter sie auch die Actiengesellschaft zu rechnen; nur fragt es sich, ob jener Gesichtspunkt allein schon hinreicht, um von ihm aus das Grundwesen der Actiengesellschaften hinlänglich zu erkennen und wie weit der Gedanke der Einheit aller Theilnehmer bestimmend auf die Natur des Verhältnisses eingewirkt hat. Ich glaube nun, daß der eigenthümliche Charakter des in Frage stehenden Institutes, wenn auch nicht ausschließlich, doch zum Theile allerdings darin zu suchen ist, daß die Theilnehmer an einer solchen Verbindung nicht bloß als gegenseitig zu einer bestimmten Vergemeinschaftlichung obligatorisch Verpflichtete, sondern in gewisser Beziehung als Einheit erscheinen; und den Grad, bis zu welchem die Idee der Einheit ihre Verbindung durchdrungen hat, bestimme ich dahin, daß sie formell durchaus als Einheit erscheinen, formell ganz so behandelt werden, als bildeten sie ein besonderes, selbstständiges Rechtssubject, während materiell nur sie selbst berechtigt und verpflichtet sind, und ein von ihnen verschiedenes Subject für die gesellschaftlichen Rechtsverhältnisse nicht existirt. Diese Vorstellung der formellen Einheit aller Theilnehmer an der Gesellschaft erleichtert nicht nur den Verkehr derselben mit Dritten und begründet die Möglichkeit, formell ein Vermögen der Gesellschaft verschieden von den Vermögen der einzelnen Gesellschafter anzuerkennen und zwischen diesen und jenem Verhältnisse als möglich zu statuiren, wie sie nur zwischen den Vermögen verschiedener Subjecte denkbar sind; sondern die vorgestellte Einheit erleichterte noch außerdem eine andere Auffassungsweise, die in ihrem Erfolge sich fast noch wichtiger zeigt, als jene. Bei einer Verbindung mit Andern zu einem gemeinschaftlichen Unternehmen wird nämlich nicht nur die leichtere Aufbringung von Mitteln bezweckt, die der Einzelne nicht erschwingen kann, sondern sie dient auch zur Vertheilung der Gefahr unter die Mehreren, und folgeweise zur Verringerung des dem Einzelnen möglicher Weise drohenden Schadens. Es liegt dieß naturgemäß in dem Wesen der Gemeinschaft, und daß das römische Recht diesen Grundsatz zu Gunsten der socii Dritten gegenüber nicht gelten läßt, die aus einem Vertrag mit dem gemeinschaftlichen Geschäftsführer der Gesellschafter Gläubiger derselben wurden, ist eine positive, singuläre Bestimmung dieses Rechts. In den deutschen Actiengesell-

schaften hat sich das entgegengesetzte Extrem als Rechtssatz festgestellt. Die Actionäre haften ihren Gläubigern nicht nur bloß pro rata, sondern überhaupt nur bis zu einer im Voraus fest bestimmten Summe, dem Betrage, welchen in die Gesellschaft einzuschießen sie sich verpflichtet haben. Diese beschränkte Haft der Actionäre geht zwar nicht aus der in der Actiengesellschaft sich geltend machenden Idee der Einheit hervor. Denn diese ist nur eine formelle, das Wesen des Verhältnisses nicht ergreifende; doch hat aber diese Auffassungsweise des Instituts jene materielle Beschränkung in der Haftbarkeit der Gesellschafter erleichtert. Denn indem man dieselben mit ihren Gläubigern in der Art verkehren sah, als bildeten sie zusammen nur eine (juristische) Person, so kam man leicht dazu, sie jenen Gläubigern auch nur bis zum Belauf der Summe haften zu lassen, welche sie zusammengeschossen hatten oder noch zusammenzuschießen untereinander verpflichtet waren, und welche als das Vermögen der formell hervortretenden juristischen Person galt. Gleichwie ein Dritter scheinbar mit dieser allein kontrahirte, so erschien es natürlich, auch seine Ansprüche auf ihr fingirtes Vermögen in Baarem oder in ausstehenden Forderungen zu beschränken. Mit diesen beiden positiven Eigenthümlichkeiten der Actiengesellschaft steht noch eine dritte in Verbindung, welche in negativer Weise sehr wesentliche Abweichungen von der römischen Sozietät veranlaßte. Die letztere ist ein Rechtsverhältniß, bei welchem, wie vielleicht bei keinem anderen, die Individualität der in demselben stehenden Personen auf das genaueste berücksichtigt wird. Diese Rücksicht ist in der Actiengesellschaft ganz weggefallen. Schon die regelmäßig ziemlich große Anzahl von Personen, welche sich in ihr verbinden, führt darauf hin, da in einer Verbindung ganzer Massen die Rücksicht auf die Individualitäten von selbst in den Hintergrund tritt. Dazu kommt, daß die Verbindlichkeiten der Actionäre der Art und dem Grade nach von Anfang an fest bestimmt sind, und durch die formelle Absonderung des Gesellschaftsvermögens von dem Vermögen der Einzelnen der Einfluß, welchen jeder Gesellschafter als solcher auf die gemeinsamen Angelegenheiten ausüben darf, schlechthin auf diese beschränkt bleibt und die übrigen Rechtsverhältnisse seiner Genossen nicht berührt, so daß es in der Actiengesellschaft keiner so genauen Berücksichtigung der Individualität der einzelnen Gesellschafter bedarf, wie dieß in der römischen societas der Fall ist.

Diese Punkte scheinen mir nun aber eben diejenigen zu sein,

welche das Wesen der Actiengesellschaft am auffallendsten charakterisiren, und mit Bezug auf sie stelle ich den Begriff dieser Gesellschaft dahin fest, daß sie eine formell als besonderes selbstständiges Rechtssubject geltende, unter besonderem Namen handelnde Vereinigung mehrerer Personen ist, von welchen jede zum Zweck der Ausführung des beabsichtigten gemeinschaftlichen Unternehmens zu einer im Voraus fest bestimmten Leistung an Geld oder Geldeswerth sich verpflichtet und dagegen zu einem verhältnißmäßigen Antheile am etwaigen Gewinne berechtigt wird (ohne den Genossen oder dritten Contrahenten über den Betrag der ursprünglich versprochenen Leistung hinaus zu haften).

§. 2. Nähere Erläuterung des Wesens der Actiengesellschaft.

Die Aufgabe, die Richtigkeit dieses Begriffes zu erweisen, bietet manche Schwierigkeiten dar, und doch kann sie nicht umgangen werden. Die ziemlich zahlreichen Controversen über die einzelnen bei Actiengesellschaften vorkommenden Fragen rühren größten Theils daher, daß man über das Wesen dieses ganzen Rechtsverhältnisses nicht einig ist; und eine Ausgleichung dieser Streitfragen wird, abgesehen von etwaigen besonderen, sie entscheidenden Gesetzen, nur erzielt werden können, wenn man sich über jenen Grundcharakter der Actiengesellschaften geeinigt hat. Ist keine Aussicht vorhanden, unmittelbar über alles Einzelne in's Klare zu kommen, wodurch sich freilich der Begriff des Ganzen von selbst ergäbe, so erübrigt nichts anderes, als diesem Begriffe direct nachzuspähen, und ihn mit dem außerhalb des Streites liegenden, wenn auch beschränkten Material zu begründen. Gesetzliche Bestimmungen über die Actiengesellschaften fehlen dem gemeinen deutschen Rechte gänzlich, und auch die Partikulargesetzgebung hat bis jetzt nur Unvollständiges in dieser Materie geleistet. Etwas umsichtiger spricht sich der Code de commerce darüber aus, und sein Einfluß auch in solchen deutschen Ländern, in welchen er nicht als Gesetzbuch gilt, ist nicht zu verkennen und leicht erklärlich bei einem Institute, das in seinen Grundzügen bei fast allen europäischen Völkern gleichmäßig vorkommt, und worüber er zuerst einige bestimmte, allgemeine Rechtsregeln aufstellte.

Der code de comm. behandelt die Actiengesellschaft (société

anonyme) als eine Art der Handelsgesellschaft; weiter bestimmt er aber den Begriff nicht, gibt vielmehr nur ein ganz äußerliches Unterscheidungsmerkmal derselben von andern Handelsgesellschaften an, darin bestehend, daß sie ihren Namen nicht von einem oder mehreren Theilnehmern, sondern von dem Gegenstande der beabsichtigten Unternehmung erhalte [1]. Immerhin bleibt es beachtenswerth, daß die Redactoren dieses Gesetzbuches, denen man zum mindesten den glücklichen Takt nicht absprechen wird, die Natur der Rechtsverhältnisse so zu erfassen, wie sie in den Vorstellungen des Volkes lebte, die Actiengesellschaft als eine wahre Gesellschaft betrachteten und damit die Ansicht abwiesen, als bezögen sich die Verhältnisse derselben wahrhaft auf eine juristische Person, auf ein von den einzelnen Theilnehmern verschiedenes und diese verdrängendes, neu geschaffenes Rechtssubject.

Die gleiche Auffassungsweise liegt entschieden auch dem deutschen Rechte zu Grunde. Die Vorstellung der Actionäre bei irgend einer beliebigen Actiengesellschaft geht sicher nie dahin, als gehörten die zusammengebrachten Kapitalien, die Erträgnisse derselben, die dafür angeschafften Sachen einem von ihnen ganz verschiedenen Rechtssubjecte, sondern sie halten sich selbst für die Herren des Vermögens. Dieser Gedanke ist in sehr vielen Statuten mit dürren Worten ausgesprochen, und wenn sich eine entsprechende Aeußerung nicht in allen findet, so liegt der Grund davon nicht darin, daß die Ansichten über diesen Punkt schwankend oder gar bestimmt verschieden wären, sondern darin, daß die Statuten mehr vom kaufmännischen, als vom juristischen Standpunkt aus abgefaßt zu werden pflegen. Daher kommt es, daß gewöhnlich nur bei solchen Gesellschaften, welche mit ihrem Kapital wesentlich Erwerbung von Sachen beabsichtigen, ausdrücklich hervorgehoben wird, das Erworbene solle im gemeinschaftlichen Eigenthum der Theilnehmer stehen. Wo hingegen das zusammengebrachte Vermögen hauptsächlich nur zur Garantie eines Unternehmens dienen soll, das im Wesentlichen, mit sich selbst reproduzirenden Fonds betrieben wird, fällt für den Nichtjuristen das Interesse weg, zu bestimmen, wem das Gesammtkapital gehören solle; nach seiner Vorstellungsweise kann gar kein Zweifel entstehen, daß es pro rata denjenigen gehört, die es hergaben. So findet sich

1) Art. 29. 30.

in allen mir bekannt gewordenen Statuten von Actiengesellschaften für Bauunternehmungen ungefähr derselbe Passus: „Jeder Actienbesitzer hat, im Verhältniß des Nominalwerthes seiner Actie, gleichen Antheil an dem Gesammteigenthum, an dem Gewinne und Verluste der Gesellschaft" [2]). Uebrigens kommen selbst in den Statuten solcher Gesellschaften, die nur ihre zusammengeschossenen Fonds verwalten, um in denselben eine Garantie für die von ihnen betriebenen Unternehmungen zu bieten, hin und wieder ähnliche Ausdrücke vor, wie z. B. in dem Statut der Leipziger Bank §. 10, oder in dem Actienformular der Berliner Hagelassekuranz-Gesellschaft. Besonders interessant in der hervorgehobenen Beziehung sind die citirten Statuten der beiden bairischen Eisenbahngesellschaften; beiden werden, als gemeinnützigen Anstalten, die Rechte öffentlicher Corporationen verliehen (§. 7). Eine Corporation, deren Eigenthum pro rata das Eigenthum ihrer Glieder wäre, ist aber nicht denkbar. Beide Bestimmungen stehen also, wenn man die gebrauchten Worte in ihrem streng juristischen Sinne nimmt, in Widerspruch mit einander. Ich glaube, daß man die Ansicht der Interessenten nicht verfehlt, wenn man sie selbst als die eigentlichen Subjecte der vorliegenden Rechtsverhältnisse auffaßt, die aber in ihrer Gesammtheit formell als ein besonderes, selbstständiges Rechtssubject gelten. Wo die Actiengesellschaft als Ganzes in Betracht kommt, sollen auf sie analog die sonst nur öffentlichen Corporationen zustehenden Privilegien angewendet werden [3]). — Auch aus der Ausdrucksweise des Art. 34 des Code de comm. geht dieselbe Auffassung des Verhältnisses hervor, wonach die einzelnen Actionäre pro rata die eigentlichen Subjecte des Gesellschaftsvermögens sind.

Ferner ist es ein unbestrittener Satz, daß der etwaige Gewinn, den eine Actiengesellschaft macht, den Actionären zufließt. Nun ließe sich zwar allerdings denken, daß das Subject eines durch eine Actiengesellschaft zusammengebrachten Vermögens eine juristische Person

---

2) Vergl. z. B. St. d. Bair. Eisenb.-Gesellsch. der Ludwigsh.-Wormf. Bahn §. 30. — St. d. Bair. Eisenb.-Gesellsch. d. Rheinsch.-Berb. Eisenb. §. 30. — St. d. Actiengesellsch. f. d. Donau-Main-Kanal §. 1, 2. — St. d. Schweiz. Nordb.-Gesellsch. §. 6. — St. d. Berl.-Frankf. Eisenb.-Gesellsch. §. 20. u. a. m.

3) Vergl. Treitschke, Zeitschr. f. deutsches Recht u. deutsche Rechtswissenschaft V. S. 335 ffg.

wäre und die einzelnen Actionäre nur gegen diese das Recht hätten, ihnen alle aus ihrem Vermögen kommenden Vortheile zufließen zu lassen. Das Gekünstelte dieser Ansicht braucht nicht erst hervorgehoben zu werden, und daß die eigentlichen Erfinder des Instituts, die Kaufleute, so komplizirte Mittel zur Erreichung ihres Zweckes erwählt hätten, wird Jedem unglaublich erscheinen, der je Gelegenheit hatte, zu erfahren, wie sehr diese Klasse der Gesellschaft vor allem nach Bündigkeit und Einfachheit in ihren Verhältnissen strebt. Was soll überdieß ein neugeschaffenes Rechtssubject bedeuten, dessen Vermögen, die einzige Ursache um derentwillen es als vorhanden angenommen wird, factisch doch nicht das seinige ist, indem die Erträgnisse dieses Vermögens lediglich andern Rechtssubjecten zufließen, die ein Interesse und ein Recht haben, jene Erträgnisse möglichst ergiebig zu machen; sollte dadurch auch das Vermögen des angeblichen, von ihnen verschiedenen Rechtssubjects allmählig verzehrt, und damit dieses selbst vernichtet werden. Endlich würde man mit den Vorstellungen aller Betheiligten in den schroffsten Widerspruch gerathen, wenn man das Vermögen einer aufgelösten Actiengesellschaft, über welches diese selbst während ihrer Existenz nicht in rechtsgültiger Weise verfügt hatte, als bonum vacans behandeln wollte; und doch ist dieß die unabweisbare Folge der Auffassung der Actiengesellschaft als juristischer Person. Eine solche ist ihrem wesentlichen Begriffe nach ein besonderes, von den physischen Personen, zu deren Vortheil sie etwa bestand, verschiedenes Rechtssubject; das Vermögen, welches diesem während seiner Existenz gehört hatte, ist nach Erlöschung dieser Existenz herrenlos; denn daß das Vermögen einer physischen Person bei ihrem Tode nicht ein gleiches Schicksal trifft, beruht nur auf der Besonderheit, daß eine solche Person beerbt wird, was abgesehen davon, daß es etwas Besonderes, also rechtlich nicht Auszudehnendes ist, schon um deßwillen nicht auf die Hinterlassenschaft einer erloschenen juristischen Person bezogen werden kann, weil hier nicht einmal Gleichheit des Grundes einträte. Wollte man aber das praktisch jedenfalls unzulässige Resultat, daß bei Auflösung der Actiengesellschaft, diese als juristische Person aufgefaßt, ihr Vermögen herrenloses Gut werde, durch die Annahme zu beseitigen suchen, die Actiengesellschaft sei eben eine solche juristische Person, bei welcher durch ihre Auflösung das ihr seither zustehende Vermögen schon von Rechtswegen an die

in ihr verbundenen physischen Personen falle: so würde durch eine derartige Annahme, verbunden mit dem Satze, daß während der Existenz der angeblichen juristischen Person alle Erträgnisse ihres Vermögens jenen physischen Personen zufließen, und daß es jederzeit in die Willkühr derselben gestellt ist, direct oder indirect der Existenz der juristischen Person ein Ende zu machen, für das in Frage stehende Verhältniß zwar der Name juristische Person gerettet werden, von einem selbstständigen Rechtssubjecte, verschieden von den einzelnen physischen Personen, könnte aber nicht mehr die Rede sein.

Ich habe bisher einzelne das Wesen der Actiengesellschaften betreffende Punkte hervorgehoben, welche meiner Ansicht nach einen entscheidenden Beweis dafür liefern, daß in solchen Verbindungen nicht eine juristische Person gefunden werden darf, daß sie vielmehr nur einen Verein physischer Personen darstellen, die selbst gemeinschaftlich berechtigt und verpflichtet sind. Nun kann aber nicht geläugnet werden, daß bei Actiengesellschaften eine Reihe eben so unbestrittener Rechtssätze, wie die seither erwähnten, vorkommen, bei welchen die einzelnen physischen Individuen, ihre Berechtigung und Verpflichtung, ganz unbeachtet scheinen und nur ihre Gesammtheit als berechtigtes oder verpflichtetes Subject hervortritt. Hierher rechne ich vor Allem den Satz, daß die Gläubiger der Gesellschaft gegen die Directoren derselben klagen und die Exekution des ihnen günstigen Urtheils gegen die Gesellschaftskasse betreiben können, ja sogar, um zu ihrer Befriedigung zu gelangen, diesen Weg einschlagen müssen, indem ihnen die Belangung der einzelnen Actionäre, abgesehen von einem Concurse der Gesellschaft, nicht gestattet ist. Dieser Satz ist meines Wissens allgemein anerkannt. Viele Schriftsteller gehen sogar noch weiter, indem sie auch schon die Klage geradezu gegen die Direction, dieselbe als Organ der Gesellschaft aufgefaßt, anstellen lassen, worin sich die Vorstellung, jene bilde eine juristische Person, noch stärker auszusprechen scheint. Die Streitfrage, ob die Directoren der Gesellschaft als institores auch persönlich unter Haftung ihres eigenen Vermögens belangt werden können, bietet hier kein Interesse dar. Jedenfalls scheint in dem obigen Satze auch in seiner beschränktesten Fassung: daß gegen die Gesellschaftskasse wenigstens Exekution verlangt werden kann, während die einzelnen Actionäre nicht belangt werden dürfen, das Anerkenntniß zu liegen, daß die Gesellschafter in ihrer Verbindung eine Einheit, eine juristische Person

darstellen, welche als eigentliche Kontrahentin dritten Personen gegenüber gelte. Denn eine Exekution gegen ein beliebiges Vermögen kann nicht gedacht werden, ohne ein Subject dieses Vermögens, ohne Verpflichtung dieses Subjects gegen den, der die Exekution verlangt. Umgekehrt haben die Gesellschaftsschuldner die Zahlung an die Gesellschaftskasse, nicht pro rata an die einzelnen Actionäre zu leisten, und würden durch eine Zahlung dieser Art nicht einmal theilweise liberirt, ein Satz, der in gleicher Weise darauf hinzudeuten scheint, daß die Actionäre in ihrer Gesammtheit ein besonderes, von ihnen selbst verschiedenes Rechtssubject, eine juristische Person darstellen. Noch auffallender tritt dieß in dem Umstande hervor, daß an den der Gesellschaft gehörigen Sachen weder ein römisches Miteigenthum noch ein Sondereigenthum eines Einzelnen mit obligatorischen Ansprüchen der Uebrigen auf verhältnißmäßige Vergemeinschaftlichung Statt findet. Keiner der Actionäre kann sich eine Quote an solchen Sachen als sein Eigenthum zuschreiben, das er gleich einem römischen Miteigenthümer beliebig veräußern könnte; kein einzelner Actionär hat für sich die Dispositionsbefugniß über jene Sachen, die vielmehr nur der Gesammtheit zusteht und von ihr durch einen statutenmäßigen Beschluß ausgeübt wird, ganz wie bei einer juristischen Person. Es steht nichts im Wege, daß ein Actionär an einer der Gesellschaft gehörigen Sache eine Servitut erwerbe, oder umgekehrt; was unzulässig wäre, wenn die Actionäre schlechthin als Miteigenthümer gelten würden.

Dennoch ist es nicht möglich, daß für ein und dasselbe Vermögen, welches durch die Beiträge der einzelnen Actionäre gebildet wird, zwei verschiedene Subjecte bestehen, die physischen Personen selbst, und die Idee ihrer Einheit, zu einer juristischen Person erhoben. Entweder muß jenen oder dieser das Vermögen zukommen, und ich trage kein Bedenken, es den einzelnen physischen Personen zuzuschreiben, da das ganze Verhältniß lediglich für ihr Interesse besteht, und ein davon verschiedenes selbstständiges Interesse, welchem um seiner Wahrung willen der Charakter einer juristischen Person beizulegen wäre, überall nicht existirt. Alle Modalitäten, ja selbst die Dauer der Verbindung ist rein in die Willkühr ihrer Mitglieder gelegt, alle aus derselben entspringenden Vortheile sind lediglich und ausschließlich für sie bestimmt und sollen in keiner Weise zur Erreichung eines beliebigen, den einzelnen physi-

schen Personen fremden Zweckes dienen. Ein derartiges Institut, in welchem eine Vereinigung Mehrerer nur scheinbar als juristische Person auftritt, oder, mit obigem Ausdrucke, nur formell (nicht auch der That nach) als besonderes, selbstständiges Rechtssubject gilt, kennt freilich unser s. g. geschriebenes Recht nicht. Allein ihm ist die Actiengesellschaft überhaupt unbekannt; es kann mithin die angegebene Auffassungsweise der letzteren nicht aus dem Grunde verworfen werden, weil sie unsern Gesetzen nicht entspreche, vielleicht in denselben nicht einmal etwas Analoges aufgefunden werden könne; vielmehr kann jene Auffassungsweise nur durch die anerkanntermaßen bei Actiengesellschaften geltenden Rechtssätze als die natürliche Quelle derselben vertheidigt oder als mit ihnen unvereinbar verworfen werden. Einen andern Maßstab für ihre Prüfung gibt es nicht. Selbst mit der Ansicht, jede einzelne Actiengesellschaft könne wegen der in ihr enthaltenen Abweichungen von dem geschriebenen Rechte nur durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt geschaffen werden, ist die hier als einer der Grundgedanken des ganzen Instituts hervorgehobene Idee, die Geltung des Actienvereins als eines besonderen selbstständigen Rechtssubjectes, ganz wohl vereinbar; denn jene Ansicht bezieht sich nur auf die Entstehung einer erst werdenden Actiengesellschaft, nicht auf die rechtliche Bedeutung der bereits bestehenden. Dem einmal konstituirten Actienvereine wird man aber ohne Rücksicht auf seinen Entstehungsgrund im Zweifel immer die gemeinrechtliche Bedeutung beilegen müssen. Die Actiengesellschaft ist keine juristische Person; bei allen Fragen, welche materielle Rechte oder Verbindlichkeiten, sei es unter den Theilhabern oder zwischen ihnen und dritten, betreffen, darf die Idee einer juristischen Person, um aus ihr Folgerungen zu entnehmen, nicht hereingezogen werden. Die Actiengesellschaft gilt aber formell vermöge einer rechtlichen Fiction als eine juristische Person, d. h. sie tritt ihren eigenen Mitgliedern und dritten Personen gegenüber ganz so in Thätigkeit, als wäre sie in der That ein besonderes, von den einzelnen Actionären verschiedenes Rechtssubject.

Welches ist nun aber die Natur des Vertrages, der der That und Wahrheit nach allein unter den Actionären besteht? Er paßt unzweifelhaft unter den allgemeinen Begriff des Gesellschaftsvertrages, sofern darunter nichts anderes verstanden ist, als die unter zwei oder mehreren Personen bestehende Obligation zu irgend einer Vergemeinschaftlichung. Dieser Begriff ist aber zu allgemein, als daß

er eine ergiebige Quelle praktisch erheblicher Sätze sein könnte, und das ganze genauere Kolorit, welches das römische Recht seiner societas beigelegt hat, paßt auf unsere heutige Actiengesellschaft nicht. Beide Institute stimmen nur darin mit einander überein, daß in beiden ihrem Begriffe nach nothwendig die strengste Gegenseitigkeit gelten muß. So wird es z. B. keinem Bedenken unterliegen, die Grundsätze über das Tragen des Zufalls, wie sie bei der Sozietät abweichend von andern Kontractsverhältnissen gelten, auch bei den Actiengesellschaften anzuwenden. Im Uebrigen ist bei Herbeiziehung der römischen Grundsätze über Sozietät mit der größten Vorsicht zu verfahren. Das römische Recht kannte nur eine einzige Art der obligatorischen Vergemeinschaftlichung und ging dabei von der gewiß in der Natur eines jeden solchen Verhältnisses begründeten Idee einer strengen Gegenseitigkeit aus; es erfaßte diese Idee aber von seinem in dieser Beziehung ganz positiven Standpunkte, welcher eine solche Gegenseitigkeit nur unter sehr nachdrücklicher Berücksichtigung der Individualitäten ausführbar erscheinen ließ. In unserer Actiengesellschaft sind aber Mittel gegeben, jener vollkommen Rechnung zu tragen, ohne diesen Rücksichten so überwiegenden Einfluß zu gestatten. Eine solche Gesellschaft tritt in der Weise einer juristischen Person in Thätigkeit. Die Organe ihres Handelns sind nicht ihre einzelnen Glieder als solche, sondern ihr ordnungsmäßiger Vorstand, welcher allein die Gesellschaft durch seine Rechtsgeschäfte berechtigen und verpflichten kann, während in der römischen Sozietät jeder socius für sich durch Vornahme einer ihrer Beschaffenheit nach zu den Objecten der Sozietät gehörigen Handlung seine Mitgenossen wenigstens indirect verpflichtet und berechtigt, auch wenn er ohne Mandat handelte. Es leuchtet ein daß, um hier den Grundsatz der Gegenseitigkeit zu wahren, ganz andere Rechtssätze aufgestellt werden müssen, als in unserem Falle, wo alle rechtlich erheblichen Handlungen nur von dem formell über den einzelnen Gliedern stehenden Organe des Ganzen ausgehen können, das nach dem Begriffe des vorliegenden Verhältnisses nie fehlen kann, und das seiner Natur nach die Gleichheit unter den einzelnen Gliedern in der einfachsten Weise vermittelt. Das gegenseitige Verhältniß der Actionäre zu einander ist ferner dadurch sehr vereinfacht, daß sie nach dem Wesen des unter ihnen bestehenden Vertrags schlechthin nur bis zu einer fest bestimmten Summe verpflichtet sind. Es

nähert dieser Umstand ihr Verhältniß sehr dem eines einfachen Forderungsrechts mit gegenüberstehender Schuld, und entfernt es in demselben Maaße von dem komplizirteren Sozietätsverhältnisse, in welchem der eine Betheiligte die andern möglicher Weise in ganz unbegränzte Verbindlichkeiten verwickeln kann. In wie weit die hervorgehobenen Punkte in einzelnen Rechtssätzen bei der Actiengesellschaft eine Abweichung von den gemeinen Grundsätzen über die Sozietät bedingen, wird schicklicher bei der Darstellung dieser einzelnen Punkte zu erörtern sein. Hier war nur darauf aufmerksam zu machen, daß nur die allgemeinsten Grundsätze über Sozietät, die mit Nothwendigkeit aus ihrem Begriffe hervorgehen, in der Theorie der Actiengesellschaft zur Anwendung kommen dürfen, und daß diejenigen Grundsätze der Sozietät, welche in der positiven Auffassungsweise dieses Verhältnisses im römischen Recht ihren Grund haben, bei unserer heutigen Actiengesellschaft, soweit dieselbe auf andern positiven Grundlagen beruht, nicht herangezogen werden können.

Die vielleicht wichtigste Eigenthümlichkeit in dem Wesen der Actiengesellschaften: daß jeder Actionär nur bis zum Belauf einer bestimmten Summe haftet, ist lediglich positiv rechtlich. Die Absicht und die Anschauungsweise, die zu diesem mit dem römischen Recht allerdings stark kontrastirenden Satze Veranlassung gegeben haben mögen, habe ich schon oben zu erläutern gesucht. Uebrigens ist er nicht in dem Grade abnorm und allen sonst anerkannten allgemeinen Grundsätzen über obligatorische Verhältnisse widersprechend, wie man wohl bisweilen angenommen hat, so daß man seinetwegen entweder doch die Actiengesellschaft als eine juristische Person auffassen zu müssen glaubte, oder wenigstens die Hoffnung aufgab, über dieses vermeintlich mit unauflöslichen Widersprüchen behaftete Institut juristisches Licht verbreiten zu können. So verzweifelt ist aber die Lage keineswegs. Es liegt in der allgemeinen Natur obligatorischer Verhältnisse durchaus kein Hinderniß, daß der Schuldner die von ihm zu übernehmende Verbindlichkeit zum Voraus auf ein gewisses Maaß beschränkt, über welches hinaus er nicht haften werde, sollte auch die Ursache, welche der Uebereinkunft gemäß eine Verbindlichkeit für ihn gegenüber seinem Gläubiger erzeugen soll, ihrer Natur nach geeignet sein, eine weiter gehende Verbindlichkeit hervorzurufen; es besteht hier, da eine Obligation nur aus dem zusammenstimmenden Willen zweier Kontrahenten hervorgehen kann, in der That nur bis zum Betrage

des früher festgesetzten kleineren Maaßes ein Forderungsrecht und eine Schuld. Angenommen A und B verabreden: B werde, welche Obligationsverhälnisse auch immer zwischen ihnen beiden entstehen möchten, sich nie weiter als bis zum Betrage von 100 fl. als Schuldner des A erkennen, und A verkauft später dem B eine Sache um 110 fl., so schuldet B dem A in der That nur 100 fl., sofern nicht durch das spätere Kaufgeschäft nach der erkennbaren Absicht der Partheien die früher unter ihnen bestehende Vereinbarung abgeändert werden sollte. Ein derartiges Geschäft wäre nun freilich bei den im römischen Recht hergebrachten Obligationsformen eine Lächerlichkeit; unsere heutige Actiengesellschaft bietet aber eine Form dar, in welcher jene eigenthümliche Verabredung sehr leicht praktisch gemacht werden kann, und, wie das tägliche Leben zeigt, in der That praktisch gemacht wird. Durch die in dem Wesen der Actiengesellschaft mit Nothwendigkeit liegende Organisation derselben ist die Möglichkeit gegeben, daß eine größere Anzahl von Personen mit Dritten ungehindert in rechtlichen Verkehr tritt, obgleich jede von ihnen erklärt, sie werde für alle Verbindlichkeiten, die ihnen insgesammt auferlegt werden, nur bis zum Betrage einer bestimmten Summe haften, sollte auch die entstehende Verbindlichkeit die solcher Gestalt gebildete Gesammtsumme an Größe übersteigen; die dritten Kontrahenten werden dann natürlich den Kredit, den sie bewilligen, nach der Größe der Summe bemessen, welche nach den von den einzelnen Actionären übernommenen Verbindlichkeiten sich im Ganzen als die zu ihrer Befriedigung bestimmte Summe herausstellt. Das ganze Verhältniß bietet auch nach den römischen Grundsätzen über Obligationen durchaus keine rechtlichen, sondern nur faktische Schwierigkeiten dar; diese letzteren sind aber durch die Form beseitigt, welche wir in unsern heutigen Actiengesellschaften erfunden haben, und damit ist jedes Bedenken aufgehoben. Die Einwürfe, die man gegen die juristische Möglichkeit des in Frage stehenden Verhältnisses erhob, scheinen mir großentheils nur auf der gewöhnlich gebrauchten Ausdrucksweise zu beruhen: der Actionär hafte nicht mit seinem ganzen Vermögen, sondern nur mit einem Theile desselben, dem Betrage, den er in die Gesellschaft einzuschießen sich verpflichtet habe. Es würde allerdings allen Grundsätzen über obligatorische Verhältnisse widersprechen, wenn Jemand Verbindlichkeiten, die er als die seinigen anerkennt, nur mit einem bestimmten, irgend wie ausge-

zeichneten Theile seines Vermögens erfüllen wollte; die Verbindlichkeit haftet nothwendig auf seinem ganzen Vermögen. Allein diesem Grundsatze widerspricht das Recht der Actiengesellschaften durchaus nicht; die Actionäre haften für die von ihnen wirklich übernommenen Verbindlichkeiten mit ihrem ganzen Vermögen; sie beschränken aber ihre Verbindlichkeiten Dritten gegenüber und untereinander, welche Rechtsgeschäfte auch immerhin eintreten mögen, von vornherein auf eine bestimmte Summe, über welche hinaus sie sich nie verbindlich machen. Darin liegt gar nichts Singuläres [4]).

Dem Wesen der Actiengesellschaft, welche formell als ein besonderes, selbstständiges Rechtssubject gilt, entspricht es durchaus, daß sie auch unter einem besonderen Namen, verschieden von dem ihrer Mitglieder, im Rechtsverkehre auftritt. Praxis und Gesetzgebung haben diesen Grundsatz mit gleicher Bestimmtheit anerkannt, und durch das Interesse der Redlichkeit im Verkehre ist er mit Nothwendigkeit geboten; denn wenn die Actionäre eine bestimmte Vermögensmasse zusammenschießen, welche formell als ein selbstständiges Vermögen von ihnen und den mit ihnen contrahirenden dritten Personen behandelt werden soll, so ist es durchaus erforderlich, daß ihre, auf jenes gesonderte Vermögen bezüglichen Handlungen unter einem anderen Namen vorgenommen werden, als dem, welcher sich auf ihre ordentliche vermögensrechtliche Persönlichkeit bezieht. Mehr aber, als daß die Gesellschaft einen von den Namen ihrer Mitglieder bestimmt unterscheidbaren Namen führe, kann man gemeinrechtlich nicht verlangen. Wornach sie sich positiv benennt, ist gleichgültig, und auch im Code de comm. wird nur der Inhalt des Art. 29, welcher jene negative Vorschrift enthält, als zwingendes Gesetz zu betrachten sein, während der Inhalt des Art. 30, wornach eine Actiengesellschaft nach dem Gegenstande ihres Unternehmens sich benennen soll, nur als beispielsweise Aufführung zu betrachten ist, wie eine Actiengesellschaft sich nennen könne.

Actiengesellschaften werden zwar gewöhnlich nur zu Betreibung eigentlich kaufmännischer oder solcher industriellen Unternehmungen errichtet, welche gesetzlich jenen gleich stehen; rechtlich nothwendig ist dieß aber zu ihrem Begriffe nicht. Uebrigens werden sie, das von ihnen betriebene Geschäft sei welches es wolle, doch immer als

4) Vergl. Treitschke, Einige Fragen, Actiengesellsch. betreffend. Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. V. S. 328. 346 ff.

handelsrechtliche Gesellschaften zu betrachten sein, was wegen der Auslegung der Vollmacht ihrer Vorsteher und Beamten, wegen der Beweiskraft ihrer Bücher, wegen ihres Gerichtsstandes praktisch wichtig ist. Der Grund, welcher mich zu der aufgestellten Behauptung bewegt, ist der, daß die Actiengesellschaft ihrer ganzen Anlage nach nicht anders als in kaufmännischer Weise betrieben werden kann, daß das Publikum in ihr eine wesentlich kaufmännische Institution erblickt und daß die Gesetzgebungen wie die juristische Doctrin sie in das Gebiet des Handelsrechtes verweisen; woraus doch mit Bestimmtheit hervorgeht, daß sie allgemein als handelsrechtliche Gesellschaft betrachtet wird.

Endlich sei, ehe ich die Erörterungen über das Wesen der Actiengesellschaften schließe, hier noch eines Punktes gedacht. Ich habe in dem Bisherigen schon öfter hervorgehoben, daß die Berücksichtigung der Individualität der Genossen, worauf sehr wesentliche Bestimmungen der römischen societas beruhen, in der Actiengesellschaft weggefallen ist. Dessen ungeachtet habe ich in der Bestimmung des Begriffes derselben dieses Umstandes nicht besonders gedacht, indem ich es für überflüssig erachtete, weil in dem Begriffe, wie ich ihn aufstellte, nichts enthalten ist, was Veranlassung geben könnte, jene Rücksicht als in der Actiengesellschaft vorhanden anzunehmen. Es genügt aber bei der Bestimmung eines Rechtsbegriffes, seine positiven Merkmale anzugeben; die Negation anderer Merkmale, worin gleichwohl ein wichtiges Unterscheidungsmoment von andern ähnlichen Rechtsbegriffen liegen kann, ist der Ausführung und Erläuterung des Begriffes zu überlassen. Ueberdieß kann auch nur rein negativ gesagt werden: die Berücksichtigung der Individualitäten, wie sie in der römischen Sozietät Statt findet, gehöre nicht zu dem Wesen der Actiengesellschaft, während es umgekehrt mit diesem Wesen ganz wohl vereinbarlich ist und auch häufig wirklich vorkommt, daß bis zu gewissem Grade die individuellen Eigenschaften der Actionäre, wenigstens ihre sichere Solvenz, berücksichtigt und demnach nicht ein ganz freier Wechsel der Personen gestattet wird.

So wenig als über den Begriff der Actiengesellschaften herrscht über den der Actien unter den Schriftstellern Uebereinstimmung. Namentlich hat sich Weiske[5]) über diesen Punkt ausführlicher aus-

---

5) In Pölitz, neue Jahrb. f. Gesch. u. Politik 1842. 1. S. 266 ff.

gesprochen. Mir scheint er von nur geringer Erheblichkeit. Die einzelnen Rechtssätze über das Verhältniß der Actionäre unter einander und zu Dritten können nur aus dem Wesen des Instituts selbst, aus dem rechtlichen Begriffe der Actiengesellschaft abgeleitet werden; der Begriff der Actie, man bestimme ihn wie man wolle, wird in dieser Beziehung nie von Belang sein, vielmehr immer aus jenem allgemeinen Begriffe erst seine juristische Bedeutung erhalten müssen. Man kann es demnach lediglich als Sache der Convention betrachten, welche Verhältnisse man mit dem Namen: „Actie" bezeichnen will, und hierbei wird man sich, da die Sache juristisch bedeutungslos ist, am schicklichsten an den herrschenden Sprachgebrauch anschließen, wornach man unter Actie die ihrer Größe nach bestimmte Mitgliedschaft in einem Actienvereine oder die durch diese Mitgliedschaft bedingten Rechte und Pflichten, und zwar bald beide zusammen, bald nur die einen oder die andern zu verstehen hat. Ebenso häufig bezeichnet man aber mit dem Worte „Actie" auch die über jenes Verhältniß ausgestellte Urkunde, woraus dann wieder manche Redensarten entstanden, in welchen jenes durch die Urkunde versinnlichte Verhältniß als eine körperliche Sache aufgefaßt wird.

§. 3. Arten der Actiengesellschaft und ähnliche Institute.

Arten von Actiengesellschaften, bei welchen eine wesentlich verschiedene Auffassung Platz griffe, gibt es nicht; wohl aber kommen Gesellschaften vor, die unter den obigen allgemeinen Begriff fallen, jedoch im Einzelnen manche Eigenthümlichkeiten darbieten. Hieher rechne ich namentlich die auf Gegenseitigkeit gebauten Versicherungsgesellschaften. Die allgemeinen Merkmale eines Actienvereins sind hier unbestreitbar vorhanden. Wir haben eine Vereinigung mehrerer Personen, die formell als ein einziges besonderes Rechtssubject erscheinen; jeder Theilnehmer beschränkt seine Haftbarkeit für die von der Gesammtheit zu übernehmenden Verbindlichkeiten von vorn herein auf ein bestimmtes Maaß, ausgedrückt in Prozenten des versicherten Kapitals, die er jährlich zu zahlen hat und deren etwaiger Mehrbetrag über den Bedarf später wieder zurückgegeben wird; der

unter den Genossen bestehende Vertrag ist seiner allgemeinsten Natur nach ein Gesellschaftsvertrag, der seine genauere Färbung dadurch erhält, daß die Gesellschaft formell als Einheit gilt und jeder Genosse nur bis zu einer gewissen Summe haftet. Die in Frage stehende Art der Actiengesellschaften zeichnet sich aber dadurch aus, daß sie ihrer Anlage nach auf die Betheiligung einer unbeschränkten Anzahl von Mitgliedern mit beliebigen Summen berechnet ist, während bei gewöhnlichen Actiengesellschaften die Summe, mit welcher das gemeinschaftliche Unternehmen betrieben werden soll, vertragsmäßig ein für allemal festgesetzt ist.

Andere Verschiedenheiten solcher gegenseitigen Versicherungsgesellschaften im Verhältniß zu gewöhnlichen Actienvereinen liegen darin, daß jene ihrer Anlage nach wesentlich darauf berechnet sind, nur unter den Genossen selbst Rechtsverhältnisse zu begründen; der Eintritt in Rechtsverhältnisse mit dritten Personen ist in solchen Gesellschaften nur Mittel zu einzelnen Zwecken nicht Selbstzweck; sie pflegen hauptsächlich nur durch nutzbare Anlegung ihrer baar vorhandenen Kapitalien Darlehnsgläubiger zu werden. Doch bewirken diese Umstände keine eigentlich rechtlichen Verschiedenheiten der genannten Arten der Actiengesellschaften, sondern geben nur Veranlassung, daß in dem einen Falle mehr Geschäfte von dieser, in dem andern mehr von jener Art vorkommen; alle sind aber von demselben rechtlichen Standpunkte aus zu beurtheilen. Uebrigens muß bemerkt werden, daß in manchen auf Gegenseitigkeit gebauten Versicherungsgesellschaften alle Mitglieder oder wenigstens gewisse Klassen für vollen Betrag der versicherten Summen haften, nicht bloß bis zum Belaufe bestimmter Prozente des von ihnen selbst versicherten Kapitals, wodurch dann allerdings solche Gesellschaften sich sehr wesentlich von eigentlichen Actienvereinen unterscheiden [6]).

Die Unterschiede, welche sich in Folge statutenmäßiger Bestimmungen zwischen den einzelnen Gesellschaften finden, je nachdem die Actien au porteur oder auf Namen ausgestellt, die von den Einzelnen zu erfüllenden Leistungen gleicher oder ungleicher Art sind, werden schicklicher bei Erörterung der Punkte hervorgehoben, bei wel-

---

6) Vergl. z. B. St. d. Gothaer Lebens-Versich.-Bank, §. 5. 11. St. d. Leb.-Versich.-Gesellsch. in Leipzig. §. 22.

chen sich solche Verschiedenheiten von Einfluß zeigen. Der bisweilen zwischen sogenannten anonymen und Actiengesellschaften gemachte Unterschied, wonach beide Verhältnisse bald als einander koordinirte Spezies, bald die letzteren als Unterart der ersteren aufgeführt werden, scheint mir rechtlich ganz unerheblich; er pflegt auf die Entstehungsart der Gesellschaft zurückgeführt zu werden, wo denn das Eigenthümliche der Actiengesellschaft darin bestehen soll, daß ihr Fond durch Actien zusammengebracht werde. Dieß heißt aber nichts anderes, als die einzelnen Genossen schießen eine Summe Geldes zusammen in Gemäßheit der von jedem Einzelnen übernommenen Verbindlichkeit, sich bei dem gemeinschaftlichen Unternehmen bis zu einem gewissen Betrage zu betheiligen. In solcher Weise muß aber jede Gesellschaft, welche die oben angegebenen allgemeinen Merkmale an sich tragen soll, zusammen kommen, und ich weiß nicht, wie in diesem Punkte eine rechtliche Folgen nach sich ziehende Verschiedenheit eintreten könnte. Anonyme und Actiengesellschaft scheinen mir ganz gleich bedeutende Worte [7]).

Ein Institut, welches praktisch einen ähnlichen Zweck verfolgt, wie die gegenseitigen Lebensversicherungsgesellschaften und auch in rechtlicher Beziehung manche Vergleichung mit dieser Art der Actienvereine darbietet, sind die Tontinen. Durch den Einfluß aber, welcher bei denselben dem Zufalle überlassen wird auf die Entscheidung der Frage, wer endlich frei berechtigtes Subject des zusammengebrachten Vermögens sein soll, wird eine tief eingreifende Verschiedenheit von den gewöhnlichen Actiengesellschaften begründet; denn durch diese Einrichtung ist das oben bei Actiengesellschaften für wesentlich erklärte Merkmal, daß die einzelnen Actionäre die wahren Subjecte aller das Gesellschaftsvermögen bildenden Rechte und Verbindlichkeiten seien, jedenfalls bedeutend modifizirt, wenn man auch durch die Annahme, jener ausschließliche Uebergang des Tontinenvermögens auf die Längstlebenden werde durch vertragsmäßig konstituirte Beerbung unter den Mitgliedern vermittelt, wieder einen leichteren Uebergang von gewöhnlichen Actiengesellschaften zu den Tontinen herstellen kann. Immerhin ist aber die Tontine eine zu eigenthümlich gestaltete Abart des gewöhnlichen Actienvereins, als daß hier noch weitere Rücksicht auf dieselbe genommen werden könnte.

---

7) Vergl. Brackenhöft in Weiske's Rechtslexikon. V. S. 88.

Es genüge darauf aufmerksam zu machen, daß bei Beurtheilung der bei Tontinen vorkommenden Rechtsverhältnisse die bei Actiengesellschaften geltenden Grundsätze benutzt werden können.

Mit den Tontinen stellt man ihrer verwandten praktischen Zwecke und Erfolge halber wieder manche andere Institute zusammen, die aber meiner Ansicht nach auf ganz verschiedener rechtlicher Grundlage beruhen, so z. B. mehrere in neuerer Zeit unter verschiedenen Modalitäten errichtete sogenannte Renten- oder Versorgungsanstalten. In solchen Instituten sammeln sich allmählig Kapitalien an, welche ihrem Grundstocke nach nie irgend welchen bei dem Institute betheiligten Personen zufallen und deren Erträgnisse der Reihe nach allen Personen zu Gute kommen, welche im Laufe der Jahre dem Institute beitreten. Die Ansammlung der Kapitalien geschieht dadurch, daß das Institut bald die bei ihm gemachten Einlagen, bald die Zinsen aus denselben für eine Anzahl von Jahren gewinnt. Jedem Einleger wird nämlich für seine Einlage eine lebenslängliche Rente bewilligt; stirbt er, nachdem er an Renten bereits so viel oder mehr baar bezogen hat, als seine Einlage betrug, so erhalten seine Erben nichts mehr; das Institut lukrirt also die ganze Einlage; stirbt er früher, so wird seinen Erben nur so viel heraus gezahlt, daß dadurch die Summe der von ihrem Erblasser bereits bezogenen Renten auf den Betrag der gemachten Einlage, ohne Zurechnung von Zinsen, erhöht wird; in diesem Falle gewinnt also das Institut die Zinsen, welche die Einlage während der Lebenszeit des Einlegers getragen hatte.

Es scheint mir bei solchen Bestimmungen nicht verkannt werden zu dürfen, daß in derartigen Instituten zwei von einander getrennte Rechtssphären vorliegen, deren jede ein besonderes Subject hat. Außer der Berechtigung der Einzelnen erscheint deutlich auch noch eine davon verschiedene Berechtigung des Ganzen, das seine eigenen von den Zwecken der Einzelnen verschiedenen Zwecke hat; m. a. W. in solchen Instituten wird eine wahrhafte juristische Person anerkannt werden müssen, womit ausgesprochen ist, daß sie etwas von den Actiengesellschaften wesentlich Verschiedenes sind. Daß in den Statuten mancher derartigen Anstalten, z. B. in denen der Stuttgarter Rentenanstalt, dennoch von Actien und Actionären die Rede ist, kann natürlich das Resultat nicht ändern, das aus der Betrachtung der durch ausdrückliche Bestimmungen festgesetzten

Rechtsverhältnisse hervorgeht. Auffallend ist in dieser Beziehung der §. 66 der badischen Versorgungs-Anstalt. Hier wird die Anstalt zuerst unter Verweisung auf Art. 37 des als Anhang zum badischen Landrecht übersetzten Code de comm. für eine anonyme oder Actiengesellschaft, zu gleicher Zeit aber auch für eine Korporation oder juristische Person erklärt. Daß die Verfasser der Statuten beides nicht für identisch hielten, geht aus ihrer Ausdrucksweise hervor, indem sie es für nöthig erachteten, der Anstalt beide Eigenschaften ausdrücklich neben einander beizulegen. Nach der hier vertheidigten Ansicht sind aber beide Eigenschaften nicht nur nicht identisch, sondern sogar einander geradezu widersprechend; und es kann der Anstalt nur die eine oder die andere zukommen. Ich schreibe ihr unbedenklich nur die letztere zu, und daß diese Vorstellnng auch in dem Geiste ihrer Stifter die vorherrschende gewesen, scheint mir aus dem letzten Passus des citirten Paragraphen hervorzugehen, durch welchen festgesetzt wird: im Falle der Auflösung der Anstalt solle ihr Vermögen nicht als herrenloses, sondern als Stiftungsgut gelten, eine Bestimmung, auf welche man schwerlich verfallen wäre, wenn man in der Anstalt eine wahre Actiengesellschaft gesehen hätte.

§. 4. Vergleichung abweichender Ansichten.

Nachdem ich in dem Bisherigen meine Ansicht über Begriff und Wesen der Actiengesellschaft ausführlich entwickelt und dieselbe durch Vergleichung dieses Institutes mit andern wirklich oder scheinbar ähnlichen noch mehr aufzuklären gesucht habe, werde ich mich bei der Prüfung entgegenstehender Ansichten kürzer fassen können. Pöhls, das Recht der Actiengesellschaften, sagt in §. 11, wo er den Charakter dieses Rechtsverhältnisses zu bestimmen sucht, unmittelbar hintereinander: „das Wesen der Actiengesellschaft ist unleugbar das einer Sozietät, wiewohl einer eigenthümlichen" (S. 53) und: „die Actiengesellschaft ist diejenige moralische Person, welche, ohne daß die Namen derjenigen Individuen oder physischen Personen, aus welchen sie zusammengesetzt ist, in Betracht kommen, gewisse, bestimmte Zwecke verfolgt." (S. 55). Mir scheinen diese beiden Schilderungen des Wesens der Actiengesellschaft einander geradezu zu widersprechen; denn in der einen ist gesagt, die berechtigten und verpflichteten Subjecte seien ausschließlich die einzelnen Actionäre,

und ein von ihnen verschiedenes Rechtssubject existire überall nicht; in der andern wird gerade umgekehrt behauptet, die Actionäre bilden in ihrer Gesammtheit ein selbstständiges, von ihnen als einzelnen physischen Personen verschiedenes Rechtssubject, dieses sei das einzige wahre Subject aller auf die Gesellschaft bezüglichen Rechtsverhältnisse. Welcher Art die Beziehungen der Actionäre zu diesem neugeschaffenen Rechtssubjecte seien, wird nicht näher angegeben. Pöhls erklärt sich auch im Verlaufe seiner Erläuterungen über die einzelnen bei Actiengesellschaften vorkommenden Rechtsfragen nicht näher über das Verhältniß, welches unter den oben angegebenen Begriffsbestimmungen der Actiengesellschaft, die an sich einander ausschließen, seiner Ansicht nach stattfinden soll, und bei seinen Deductionen geht er willkührlich bald von der einen, bald von der andern Vorstellungsweise aus [8]). Der Vorwurf einer gleichen Ungenauigkeit trifft auch Pardessus [9]), welcher bald von einem contrat de société, bald von einem être moral spricht. Freilich hat er darin unter seinen Landsleuten manche Vorgänger und Nachahmer und findet dafür ein Vorbild selbst in dem Code de commerce, welcher die société anonyme als eine Art des Gesellschafsvertrages behandelt, gleichwohl aber in Art. 32 von Verbindlichkeiten der Gesellschaft als solcher spricht.

Mit größerer Entschiedenheit spricht sich Weiske [10]) für die Ansicht aus, die Actiengesellschaft stelle eine juristische Person dar. Sofern mit diesem Ausdrucke der gewöhnliche Sinn zu verbinden wäre, könnte ich zur Widerlegung dieser Ansicht lediglich auf meine früheren Ausführungen verweisen. Weiske sucht jedoch, um Einwendungen, wie die dort erhobenen, zu entgehen, den gewöhnlichen Begriff der juristischen Person etwas zu modificiren, ihr namentlich nach angeblicher deutschrechtlicher Anschauungsweise den Charakter abzustreifen, daß sie ein von den einzelnen unter ihr begriffenen physischen Personen gänzlich verschiedenes Rechtssubject sei. Weiske drückt sich darüber, seine Meinung kurz zusammenfassend, so aus: „dem römischen Recht ist die Korporation insofern eine juristische Person, als dem Begriffe der Korporation die Persön-

8) Vergl. z. B. S. 173 ff. mit 184, 200—205 mit S. 255—258.
9) Court de droit comm. Veme ed. t. IV. p. 227—276.
10) in Pölitz, neue Jahrb. f. Gesch. u. Politik. 1842, 1. S. 244 ffg.

lichkeit beigegeben wird, damit für das Korporationsvermögen ein Rechtssubject aufgestellt werde, welches aber nur ein Gedankending ist und in den Mitgliedern der Korporation nur seine Vertreter findet. Nach einheimischem Rechte ist dagegen die Korporation insofern eine juristische Person, als die Mitglieder eine Personeneinheit bilden, die auch an dem Korporationsvermögen das Eigenthum hat. Dort wird also ein neues Rechtssubject geschaffen, hier werden mehrere wirkliche Rechtssubjecte oder physische Personen als ein Einziges betrachtet"[11]. Ich kann mich mit dieser Auffassungsweise nicht einverstanden erklären; sie scheint mir auch nicht durch den besonderen Standpunkt des deutschen Rechts gerechtfertigt werden zu können, vielmehr Elemente zu enthalten, die sich unter einander selbst widersprechen. Nach einheimischem Rechte soll es Korporationen geben, die in der Art juristische Personen wären, daß die Einheit ihrer Mitglieder das Subject des Korporationsvermögens darstelle; zugleich sollen aber doch, wie aus dem Gegensatze der römischen Korporation hervorgeht, die einzelnen Glieder nicht von der Berechtigung an diesem Korporationsvermögen ausgeschlossen sein. Das ist eine Unmöglichkeit; denn es kann nicht ein und dasselbe Vermögen zwei verschiedenen Subjecten zustehen. Es enthält der Begriff von Korporation, welchen W e i s k e als einen besonderen, deutschrechtlichen hervorhebt, entweder einen Widerspruch in sich selbst, oder er fällt, wenn man diesen Widerspruch vermeiden will, vollkommen mit dem römischrechtlichen Begriffe zusammen. Eine Personeneinheit ist etwas von den einzelnen, sie zusammensetzenden Personen ganz Verschiedenes, für sich außer und neben ihnen Bestehendes, und zwar ist dieses Etwas keine Realität, sondern ein bloßes Gedankending; und wenn diesem Gedankendinge, diesem Begriffe der Korporation, Persönlichkeit beigelegt wird, so haben wir eine Korporation im juristischen Sinne, eine Art des weiteren Rechtsbegriffes der juristischen Person. Wenn W e i s k e am Schlusse seiner Darstellung sagt: dort (im röm. Recht) wird ein neues Rechtssubject geschaffen, hier (im deutschen Recht) werden mehrere wirkliche Rechtssubjecte als ein einziges betrachtet, so sagt er zweimal in verschiedenen Ausdrücken ganz das Nämliche; denn darin, daß mehrere physische Personen zusammen als e i n Rechtssubject gelten, liegt

---

11) a. a. O. S. 255.

eben die Erschaffung eines neuen, bisher noch nicht da gewesenen Rechtssubjectes.

Auf einem ähnlichen Standpunkte steht Beseler, welcher in seinem Werke über Volksrecht und Juristenrecht (S. 158 ffg.) die Actiengesellschaft als eine Art der Genossenschaften betrachtet, welche selbst eine Unterart der Korporation seien. Der Begriff der Genossenschaft weicht aber nach Beseler's Ausführungen in seinen einzelnen Arten sehr wesentlich von dem der Korporation ab und nimmt häufig einzelne zum Wesen der Gesellschaft gehörige Merkmale in sich auf, wie dieß nach Beseler bei dem Actienvereine in vorzüglich hohem Grade der Fall ist. Wenn der genannte Schriftsteller S. 186 sagt, in der Actiengesellschaft komme das Vermögen der Genossenschaft zugleich als einheitliches Korporationsgut und als Miteigenthum der Genossen, in ideelle Theile zerlegt, in Betracht, so scheint mir diese Ausdrucksweise zu manchen Zweifeln Veranlassung zu geben und nicht geeignet, als fester Grundsatz an die Spitze der ganzen Lehre gestellt zu werden, aus welchem die einzelnen bei dem fraglichen Institute geltenden Rechtssätze mit Sicherheit abgeleitet werden könnten. Uebrigens verkenne ich nicht, daß zwischen der Actiengesellschaft und den zahlreichen andern Instituten, welche Beseler als Arten der Genossenschaft aufführt, eine gewisse Verwandtschaft besteht; nur bezweifle ich, ob für alle jene unter sich doch sehr verschiedenen Institute ein gemeinschaftlicher Begriff aufgestellt werden kann, welcher noch hinlänglich charakteristische Merkmale enthält, um zur Erklärung der einzelnen unter ihn fallenden Rechtsverhältnisse erhebliche Vortheile gewähren zu können. Jedenfalls scheint mir die Actiengesellschaft des Eigenthümlichen genug zu enthalten, um ihre abgesonderte Behandlung zu rechtfertigen, einstweilen ohne Rücksicht auf einen höheren Begriff, unter welchen sie vielleicht gemeinschaftlich mit andern Rechtsinstituten subsumirt werden kann, da die Existenz und der Werth dieses gemeinsamen höheren Begriffes noch nicht mit voller Sicherheit hergestellt sind.

Die Mehrzahl unserer Juristen neigt sich nun aber zu der Ansicht, daß in der Actiengesellschaft keine juristische Person, sondern ein Vertragsverhältniß, eine durch mancherlei Eigenthümlichkeiten ausgezeichnete Abart des Gesellschaftsvertrages vorliege. Zu dieser Ansicht bekennen sich z. B. Eichhorn und Phi-

lipps in ihren Lehrbüchern, ohne aber ihre Ansicht näher zu begründen oder auszuführen, indem sie das in Frage stehende Verhältniß überhaupt nur ganz in der Kürze berühren. Ausführlicher wird es von demselben Standpunkte aus besprochen von Mittermaier [12]) und Thöl [13]). Beide Schriftsteller beschränken sich aber doch, innerhalb der Gränzen eines Lehrbuchs, auf Angabe der nach ihrer Ansicht richtigen Hauptgrundsätze dieses Instituts, ohne namentlich über das Wesen desselben im Allgemeinen sich in weitere Erörterungen einzulassen. Einer der ausführlichsten und gründlichsten Vertheidiger der Ansicht, daß die Actiengesellschaft lediglich ein Vertragsverhältniß sei, ist unstreitig Treitschke [14]). Er charakterisirt das Verhältniß im Allgemeinen als ein der Commandite verwandtes und führt die einzelnen, von ihm aufgestellten Sätze alle auf den Gedanken eines unter den Actionären obwaltenden Vertrages, als auf ihre gemeinsame Quelle zurück. Das Zwitterartige in der Natur des Actienvereins, vermöge dessen er bisweilen als Einheit erscheint, unter welcher die einzelnen Actionäre ganz verschwinden, konnte aber doch auch von Treitschke in seiner Darstellung nicht ganz beseitigt werden und drängt sich hie und da in sonderbarem Kontraste zu der sonst streng festgehaltenen Idee eines bloß obligatorischen Nexus unter den Actionären hervor. So schon bei der allgemeinen Schilderung des Verhältnisses, als eines der Commandite ähnlichen. Eine Commandite-Gesellschaft kann ohne Complementar nicht gedacht werden und der Complementar muß begreiflicher Weise ein Rechtssubject sein, da ja gerade er der eigentliche Träger aller Rechtsverhältnisse einer solchen Gesellschaft ist. Um eine Analogie zwischen der Actien- und der Commandite-Gesellschaft herauszubringen, sieht sich daher Treitschke genöthigt, der Actiengesellschaft als solcher die Rolle des Complementars zuzuweisen; denn, sagt er (S. 328), „es liegt in der Idee der Actiengesellschaft, daß der Verein im Ganzen diese Person (des Complementars) bilde." Also haben wir doch in dem Actienvereine eine von den einzelnen physischen Personen verschiedene juristische Persönlichkeit! Ferner können nach Treitschke's Ansicht die Gesellschaftsgläubiger nicht gegen die einzelnen Actionäre, sondern nur

12) Lehrb. d. deutsch. Priv.R. 7te Aufl. §. 557. 558.
13) Handelsrecht, 2te Aufl. §. 44 — 47.
14) Zeitschr. f. deutsches R. V. S. 324 ffg.

gegen den Director klagen; die Exekution wird dann gegen das in seinen Händen befindliche Gesellschafts-, nicht gegen sein eigenes Vermögen gerichtet, indem er nur als Institutor gilt. In die Gesellschaftskasse braucht aber keiner der Actionäre mehr als seine ursprünglich versprochene Leistung einzuliefern. Die Gläubiger müssen sich dabei beruhigen, „denn sie hatten sich die Benennung eines Principals gefallen lassen, der keine Person ist, und demungeachtet der Annahme nach mit dem Institor als solchem kontrahirt.“ (S. 352). Daß hier die Ausdrücke Principal und Institor nur in uneigentlichem Sinne gebraucht sind, leuchtet ein; denn nur ein Rechtssubject kann Principal sein und nur für ein Rechtssubject kann ein Institor gedacht werden. Es zeigt sich auch hier, daß die verschiedenartigen Elemente, welche in dem Begriffe der Actiengesellschaft vereinigt sind, durchaus nicht weggeläugnet werden können, es bleibt also nichts anderes übrig, als das Verhältniß, in welchem jene an sich widerstreitenden Elemente zu einander stehen und in welchem sie verbunden neben einander zur Anwendung zu bringen sind, genau zu bestimmen.

Endlich sei hier noch der Ansicht Brackenhöfts [15]) gedacht, welcher die Zwiespältigkeit in dem Wesen der Actiengesellschaft zwar anerkennt, aber auch für unauflösbar hält. Das ganze Verhältniß beruht seiner Ansicht nach auf Anomalien, die nach allgemeinen juridischen Begriffen dem Gebiete der Unmöglichkeiten angehören. „Sie bestehen darin, daß Rechte und Verbindlichkeiten als vorhanden gelten, ohne daß es ein Subject dafür gibt; der Vorsteher ein Vertreter ist, ohne daß ein vertretenes Subject existirt; daß die stillen socii durch die Thatsache des Etablissements und der in Beziehung auf dasselbe geschlossenen Geschäfte jene der Strenge nach nicht existirenden, und insofern sie existirt haben, durch das Hinwegfallen des Vorstehers untergegangenen Rechte und Verbindlichkeiten durch Ernennung eines neuen Vorstehers wiederum in Wirksamkeit setzen können.“ In den Ausführungen Brackenhöfts ist der kritische Scharfsinn unverkennbar, mit welchem er entwickelt, daß die einzelnen Actionäre nicht als Subjecte der von ihnen insgesammt eingegangenen Rechtsverhältnisse erscheinen, daß aber ein anderes, von ihnen verschiedenes Rechtssubject nicht existirt. Nur scheint

15) In Weiske's Rechtslexikon. Bd. V. S. 83 ffg.

er mir darin Unrecht zu haben, daß er wegen dieser äußeren Gestalt des Verhältnisses dasselbe für eine unauflösliche Anomalie erklärte und nicht lieber einen allgemeineren Gedanken aufzustellen suchte, durch welchen das ganze Verhältniß zu beherrschen wäre. Statt dessen sieht er sich im Verfolge seiner Ansicht genöthigt, die einzelnen bei Actiengesellschaften sich ergebenden Rechtsverhältnisse, jedes abgesondert für sich, oft von ganz verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten aus zu betrachten, und so ein Verhältniß, welches der Idee und Absicht seiner Erfinder gemäß ganz einfach sein sollte, im höchsten Grade verwickelt zu machen. So besteht z. B. nach Brackenhöfts Ansicht unter den Actionären ein Gesellschaftsvertrag, zwischen ihnen und dem Vorsteher aber ein contractus do ut facias; das Verhältniß zu dritten Contrahenten ist ihm ein gänzlich anomales, in welchem der Vorsteher nur als Subject der Geschäfte erscheint, für die aus demselben hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten aber eigentlich gar kein Subject existirt. Ich bin zu sehr von der Ueberzeugung und von dem Wunsche durchdrungen, daß unserer Jurisprudenz die Kraft inwohne, die von dem Leben erschaffenen Verkehrsverhältnisse in einer diesem entsprechenden Weise einfach und bestimmt rechtlich zu ordnen, als daß ich Brackenhöfts Ansicht, die mir mit dem Leben in dem entschiedensten Widerspruche zu stehen scheint, abgesehen von dem äußersten Nothfalle annehmen möchte.

Zweites Kapitel.

Entstehung der Actiengesellschaft.

§. 5. Form der Actiengesellschaft.

Eine Actiengesellschaft setzt zu ihrem Entstehen jedenfalls eine Uebereinkunft der künftigen Actionäre voraus; sie ist insofern stets das Produkt eines Vertrages und kann in keiner andern als dieser Weise entstehen. Zweifelhaft ist nur die Beantwortung der Frage, ob es für das Zustandekommen einer Actiengesellschaft lediglich an einem formlosen Vertrage genüge, oder ob zu seiner rechtlichen Beständigkeit noch irgend eine Form erforderlich sei und welche? Gewöhnlich pflegt man die Frage so zu stellen, ob Genehmigung der Regierung nothwendig sei oder nicht, und erklärt, wenn man diese

Frage verneint, den Vertrag, durch welchen eine Actiengesellschaft zu Stande kommen soll, überhaupt für einen formlosen, indem man die Möglichkeit irgend einer andern Form gar nicht weiter in Betracht zieht. Zu dieser Auffassungsweise des Verhältnisses mag zum Theil der code de commerce Veranlassung gegeben haben, welcher in Art. 37 jene Form ausdrücklich hervorhebt, ohne einer andern zu gedenken. Man stellte sich darnach in Deutschland nur die Frage: besteht für uns durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht die gleiche Vorschrift? und schloß von ihrer Verneinung, wohl zu rasch, auf Formlosigkeit des Geschäfts überhaupt. Die Mehrzahl der deutschen Juristen scheint sich nun zu der Ansicht zu bekennen, daß nach gemeinem deutschem Rechte Genehmigung der Regierung nicht erforderlich sei [16]) und diese Ansicht halte ich für vollkommen begründet. Daß ein gemeinrechtlich gültiges Gesetz, welches jene vorschriebe, nicht besteht, ist entschieden; eben so unzweifelhaft scheint mir aber auch ein dasselbe vertretendes Gewohnheitsrecht des fraglichen Inhaltes nicht zu existiren. Es gab von jeher und gibt noch immer Actiengesellschaften, welche ohne Staatsgenehmigung bestehen, namentlich solche, welche nur einen ganz beschränkten Zweck und Verkehr beabsichtigen, z. B. um einem geselligen Verein die für ihn nothwendigen Lokalitäten zu verschaffen. Wenn dessen ungeachtet Actiengesellschaften, welche eine weit ausgedehntere Wirksamkeit beabsichtigen, häufig eine ausdrückliche Staatsgenehmigung nachsuchen, so geschieht dieß theils aus Vorsicht, welche bei den sehr verschiedenartigen Ansichten der Juristen über das Wesen der Actiengesellschaften und ihre nothwendigen Erfordernisse nicht ohne Grund angewendet wird, theils deßhalb, weil sehr viele Actiengesellschaften ohne besondere Privilegien des Staates ihre Zwecke gar nicht oder doch nur sehr unvollständig erreichen können, wie z. B. Eisenbahngesellschaften, Zettelbanken oder Gesellschaften für Unternehmungen, welche wegen des augenblicklich erforderlichen sehr großen Aufwands bei nur langsamer Rentabilität für ihr Aufkommen wenigstens eine Zeitlang Monopole bedürfen. Eine Gesellschaft, die irgend welche Privilegien nachsucht, muß aber natürlich der Regierung ihre Zwecke und die Mittel zur Erreichung derselben vorlegen, was faktisch dar-

---

16) Mittermaier a. a. O. §. 557. — Thöl a. a. O. §. 44. — Pöhls a. a. O. §. 6.

auf hinauskommt, daß die Statuten eingereicht, und wenn auf ihren Grund die verlangten Privilegien bewilligt werden, in der Art genehmigt und für verbindlich erklärt werden, daß sie in allen oder gewissen Beziehungen ohne Einwilligung der Regierung nicht verändert werden dürfen, weil sie die Grundlage der eingeräumten Privilegien bilden. Rechnet man dazu noch, daß nach vielen Partikularrechten wirklich Genehmigung der Regierung erforderlich ist, und daß das Handel treibende Publikum, welches bei Actiengesellschaften hauptsächlich betheiligt zu sein pflegt, es liebt, bei einem häufig vorkommenden Geschäfte die gewöhnlichen Formen nachzuahmen, ohne sie darum für rechtlich nothwendig zu halten; so wird man aus dem allerdings häufig vorkommenden Umstande, daß Actiengesellschaften sich eine Staatsgenehmigung ausdrücklich auswirken, nicht auf das Vorhandensein eines Gewohnheitsrechtes schließen können, welches jene als eine zum Bestehen des Actienvereins nothwendige Form vorschriebe. Auch stützen sich die Vertheidiger der Ansicht, die Staatsgenehmigung könne für das Zustandekommen einer Actiengesellschaft nicht entbehrt werden, nicht eigentlich auf ein dahin zielendes Gewohnheitsrecht, sondern leiten die Nothwendigkeit jener aus der, ihrer Ansicht nach anomalen inneren Natur des in Frage stehenden Verhältnisses ab, welches den bestehenden Gesetzen widerspreche und darum nur durch einen Akt der Gesetzgebung gerechtfertigt werden könne [17]). Abgesehen davon, daß, wie ich glaube, die Grundlage dieser Argumentation eine irrige ist, dürfte auch das aus ihr hervorgehende Resultat mit der Praxis in Widerspruch stehen. Jene Ansicht müßte fest darauf halten, daß eine Actiengesellschaft nur durch einen wahrhaft gesetzgeberischen Akt ins Leben gerufen werden könne; es wird aber wenigstens in Deutschland, auch wenn man die Staatsgenehmigung einholt, dieselbe regelmäßig nur von einer Regierungsbehörde, und nicht durch die Organe der Gesetzgebung ertheilt. Ich habe jedoch außerdem oben bei der Auseinandersetzung des Wesens der Actiengesellschaften darzuthun gesucht, daß die einzelnen bei diesen hervortretenden Rechtssätze, namentlich die eingeschränkte Haftung der Actionäre, keineswegs so durchaus anomal und mit unsern allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über Obligationen

---

17) Vergl. Brackenhöft a. a. O. S. 90. — Eichhorn, d. Priv.-R. §. 387.

gänzlich unvereinbar seien, wie man bisweilen annimmt. Dadurch, daß eine Actiengesellschaft, obgleich an sich nur eine Sozietät, in der Form einer juristischen Person handelt, werden Rechtssätze möglich, die bei der römischen Sozietät freilich nicht vorkommen können. Nicht Alles aber, was von römischen Bestimmungen abweicht, ist dadurch eine Anomalie unseres Rechtes überhaupt, die im einzelnen Falle nur in Folge eines gesetzgeberischen Aktes für zulässig erachtet werden dürfte. Wie durch althergebrachte deutsche Gewohnheiten in vielen Beziehungen dem römischen Rechte derogirt ist, so kann dieß noch täglich durch neu sich bildende Rechtsgewohnheiten geschehen. Ob nun freilich die Actiengesellschaft als durch Gewohnheitsrecht sanctionirt zu betrachten sei oder nicht, ist eine Frage, deren Beantwortung von faktischen Voraussetzungen abhängt, über welche hier nicht entschieden werden kann. Ich vermag nur meine Ueberzeugung zu wiederholen, daß nach meinem Dafürhalten diejenigen Personen, welche eine Actiengesellschaft begründen, nicht glauben, darin etwas an sich und abgesehen von besondern Privilegien rechtlich Unzulässiges zu thun, und daß ebenso diejenigen, welche sich mit ihnen in Geschäfte einlassen, denken, ihre Berechtigung und Verpflichtung könne sich rechtlich nur so bestimmen, wie dieß die im Leben verbreitete Ansicht über das Wesen der Actiengesellschaft mit sich bringe. Das müssen aber die Gegner jedenfalls zugeben, daß, wenn sie zur Bildung eines Actienvereins die Staatsgenehmigung aus den oben angegebenen Gründen für nothwendig erachten, dieß nur insofern zulässig sei, als sie zugleich behaupten, die Actiengesellschaft sei etwas nicht nur dem römischen Rechte, sondern auch unserem jetzigen bestehenden Rechte überhaupt Widersprechendes.

Ich habe in dem Bisherigen auszuführen gesucht, daß die Staatsgenehmigung zur rechtsgültigen Entstehung eines Actienvereins nicht erforderlich sei; deßwegen stütze ich seine Entstehung doch nicht auf einen ganz formlosen Vertrag, glaube vielmehr, daß schriftliche Aufzeichnung der Vertragsbedingungen eine für sein Zustandekommen rechtlich unentbehrliche Form ist. Mit dieser Behauptung trete ich einer fast einstimmigen Ansicht entgegen. Nur Pöhls [18]) glaubt, daß die schriftliche Vollziehung für nöthig erachtet werden könne, ohne aber diesen sehr unbestimmten Ausdruck weiterhin näher zu bestim-

---

18) A. a. O. S. 154.

men oder Gründe für seine Ansicht anzuführen. Mich konnte eine wiederholte, gewissenhafte Prüfung nur in der Ueberzeugung bestärken, daß gemeinrechtlich schriftliche Aufzeichnung eine nothwendige Form der Actiengesellschaft sei. Zunächst spricht dafür eine, soweit meine Erkundigungen reichten, ausnahmslose Praxis. Die Anwendung der Form wird auch nicht bestritten; man gibt zu, schriftliche Aufzeichnung der Statuten sei gewissermaßen faktische Nothwendigkeit für das Zustandebringen einer Actiengesellschaft, rechtlich werde es aber von den Betheiligten selbst nicht für nöthig erachtet, sondern sei res merae facultatis. Es ist nun an sich schon mißlich, eine Form, welche in allen einzelnen Fällen des Zustandekommens eines gewissen Rechtsgeschäftes gleichmäßig beobachtet wurde, für etwas nach den Vorstellungen der Betheiligten und des Volkes überhaupt rechtlich nicht Nothwendiges zu halten. Für eine solche Ansicht fehlt wenigstens jeder äußerliche Beleg, und sie kann nur in dem Grade an Wahrscheinlichkeit gewinnen, als Gründe aufgeführt werden können, welche, abgesehen von den Vorstellungen über das Wesen des fraglichen Geschäftes, stets gleich dringend zur Wahrung jener Form aufgefordert hätten. Solche außerhalb des Wesens der Actiengesellschaft liegende Gründe scheint man nur für die alleinige Veranlassung der stets beobachteten schriftlichen Aufzeichnung der Statuten solcher Vereine gehalten zu haben. Um in dem Publikum größeres Vertrauen zur Betheiligung an der Gesellschaft oder zum Geschäftsverkehre mit ihr zu erwecken, sagt man, habe man jene Form, als ein hiezu ganz zweckmäßiges Mittel, immer eingehalten. Mir scheint aber der Grund tiefer zu liegen, welcher zur steten Beobachtung der fraglichen Form hinführte; nicht die freie Ueberlegung ihrer Zweckmäßigkeit, sondern die unabweisliche Forderung der Noth war die bewegende Ursache. Die Actiengesellschaft ist eine Vereinigung mehrerer Personen, welche in ihrer Gesammtheit ein besonderes, selbstständiges Rechtssubject darstellen und als solches handeln wollen; die Summe der Leistungen, welche sie sich gegenseitig zu prästiren haben, wird formell als das selbstständige Vermögen jenes fingirten Rechtssubjectes aufgefaßt; alle Ansprüche und Verbindlichkeiten dritter Contrahenten beziehen sich auf dieses ausgesonderte Vermögen; alles Handeln der Actiengesellschaft kann nicht von den einzelnen Actionären als solchen, sondern nur von der Gesammtheit oder einem von ihr bestellten Organe ausgehen. Nimmt man dazu, daß diese an

sich schon komplizirten Verhältnisse längere Zeit hindurch dauern, und immer wenigstens auf die Erben der ursprünglich Betheiligten, regelmäßig aber auch außerdem nach der Willkühr der Partheien auf dritte Personen übergehen sollen, so wird man, wie ich glaube, nicht läugnen können, daß praktisch jedenfalls für das fragliche Rechtsverhältniß eine Form unentbehrlich ist, welche seinen Inhalt den wechselnden Mitgliedern und dritten Kontrahenten jeder Zeit leicht erkenntlich macht. Denn es ist ja immer der Vertrag der Actionäre unter einander mit allen seinen Modalitäten zugleich von wesentlichem Einflusse auf die Rechtsgeschäfte, in welche die Gesellschaft als solche sich einläßt, so daß es ihr geradezu unmöglich sein müßte, zu handeln, wenn sie ihren Grundvertrag nicht für jeden dritten erkennbar und gegen alle einzelnen Actionäre gleichmäßig beweisend darstellte, sondern seine Anerkennung für jeden einzelnen Actionär von dessen Eingeständniß oder einem speziell gegen ihn geführten Beweise abhängig machen wollte. Ohne eine äußerlich erkennbare Grundlage fällt der Verein nothwendig in ein unentwirrbares und zu jeder Thätigkeit unfähiges Chaos. Ist aber die Actiengesellschaft ein Rechtsverhältniß, welches kraft innerer Nothwenigkeit von jeher in einer bestimmten Form und zwar in der schriftlichen Aufzeichnung eingegangen wurde und nie anders eingegangen werden konnte, so kommt es weiter nicht darauf an, ob jene Nothwendigkeit ursprünglich darin gefunden wurde, daß ein zwingendes Recht die fragliche Form verlange, oder in welchem Umstande sonst. Es genügt, daß man ohne diese Form das Rechtsverhältniß von jeher überhaupt nicht, also auch rechtlich nicht sich vorstellen konnte. Die Form ist zugleich mit dem Institute erwachsen und kann von demselben nicht getrennt werden. Wollte man die Möglichkeit einer derartigen Entstehung der rechtlichen Nothwendigkeit, daß bei einem bestimmten Rechtsgeschäfte immer eine gewisse Form gewahrt werde, nicht anerkennen, so müßte man überhaupt läugnen, daß durch Gewohnheit sich auch rechtliche nothwendige Formen bilden könnten. Denn der Anfang eines derartigen Gewohnheitsrechtes kann, wenn man es nicht gerade aus einem allgemeinen Rechtsirrthume hervorgehen lassen will, nicht wohl in der Vorstellung liegen, es sei eine rechtliche Nothwendigkeit zur Wahrung der bestimmten Form vorhanden; eine solche Annahme würde eine Bewußtheit und Absichtlichkeit bei dem Bildungsprozesse eines Gewohnheitsrechtes voraussetzen, wie sie nicht gemacht

werden kann; man wird sich vielmehr die Entstehung der rechtlichen Nothwendigkeit gewisser Formen, insofern sie auf Gewohnheitsrecht beruht, stets in der Art denken müssen, daß ein bestimmtes Rechtsgeschäft sich nie, weder in der Wirklichkeit noch in der Vorstellung anders darstellte, als in der fraglichen Form. Daß aber Gewohnheitsrecht auch für Formen eine sehr ergiebige Quelle sein kann, lehrt ein Blick in die älteste Geschichte eines jeden Rechts. Wo nun eine Gewohnheit so entschieden und beharrlich auf die Nothwendigkeit einer bestimmten Form hinweist, wie auf die der schriftlichen Aufzeichnung bei Actiengesellschaften, halte ich es für dringend geboten, daß die juristische Wissenschaft nicht allzulange mit ihrer Anerkennung der rechtlichen Nothwendigkeit jener Form zögere; es möchte sie sonst der Vorwurf treffen, sie bleibe in der Entwicklung und Fortbildung des lebendigen Rechtes allzulangsamen Schrittes hinter dem Leben zurück; wie ihr schon oft, und leider nicht immer ohne Grund, der Vorwurf gemacht wurde, sie sei zu ängstlich in der Zurückweisung solcher Institute, deren Leben einer längst vergangenen Zeit angehört hatte.

Wenn ich übrigens schriftliche Aufzeichnung für eine bei Actiengesellschaften nothwendige Form erklärt habe, so bezieht sich dieß natürlich nur auf Aufzeichnung des Grundvertrags, der sogenannten Statuten. Schriftliche Ausfertigung der Actien, der Ernennung als Direktor, ist damit nicht als rechtlich nothwendig erklärt, wenn gleich auch darüber regelmäßig Urkunden ausgestellt zu werden pflegen. Wohl aber folgt aus dem Obigen, daß etwaige Separatartikel, welche die Actionäre unter sich mündlich verabredet hätten, ohne sie in die im Uebrigen schriftlich abgefaßten Statuten aufzunehmen, keine Rechtsgiltigkeit haben. Hier gerade zeigt es sich recht deutlich, wie wichtig es ist, der Strenge des Rechts, welche das Leben selbst geschaffen hat, nicht aus allzugroßer Aengstlichkeit aus dem Wege zu gehen. Hält man hier nicht an der Strenge der Form fest, so sehen sich dritte Kontrahenten und solche, welche durch späteren Ankauf von Actien nachträglich Mitglieder der Gesellschaft werden, leicht den gröbsten Uebervortheilungen ausgesetzt, denen sie vielleicht wohl bisweilen, aber lange nicht immer dadurch zu entgehen vermöchten, daß sie behaupteten, für sie könnten nur die aufgezeichneten Statuten, als die lex contractus, an welche sie sich zu halten hätten, verbindliche Kraft haben. Eine derartige Berufung

könnte dem später eingetretenen Actionäre der Gesellschaft gegenüber kaum je etwas nützen, sondern höchstens für ihn unter Umständen eine Entschädigungsklage gegen den Verkäufer der Actie begründen. Aber nicht einmal dritten Personen, welche mit der Gesellschaft kontrahirten, würde jener Einwand immer helfen; denn sieht man davon ab, daß die schriftliche Aufzeichnung eine nothwendige Form sei, so kann man darin allein, daß einige Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags schriftlich aufgezeichnet, andere vielleicht nur die näheren Modalitäten enthaltenden blos mündlich verabredet wurden, keinen genügenden Grund finden, daß die letzteren, die doch nach jener Annahme auch einen Theil der lex contractus ausmachen würden, nicht ebenso gut auch von Dritten anerkannt werden müßten, als die ersteren. Der einzige dafür geltend zu machende Grund wäre doch immer nur der, es liege in der mündlichen Festsetzung eines Theils des Gesellschaftsvertrags eine absichtliche Verheimlichung einzelner auch für Dritte wichtiger Punkte desselben und eine dadurch herbeigeführte Täuschung jener. Dieß läßt sich aber nicht unbedingt behaupten, da auch das mündlich Verabredete Dritten eben so gut bekannt werden kann, wie das Niedergeschriebene, und da sie aus demselben Grunde, wie nach diesem, auch nach jenem sich erkundigen müssen, widrigenfalls sie den Schaden, welchen sie aus mangelhafter Kenntniß der Beschaffenheit der Gesellschaft aus Kontrakten mit derselben erleiden, sich selbst zuzuschreiben haben.

§. 6. Perfection der Actiengesellschaft.

Nicht geringere Schwierigkeiten als die Frage nach der Form der Actiengesellschaft bietet diejenige über ihre Perfection dar, und diese Schwierigkeiten sind auch dann nicht beseitigt, wenn man anerkennt, daß die Actiengesellschaft zu ihrem Zustandekommen einer bestimmten Form, der schriftlichen Aufzeichnung oder selbst der Staatsgenehmigung bedarf. Nicht selten sind diese Formen äußerlich schon erfüllt, obgleich die Actiengesellschaft noch nicht perfect ist, wie ja namentlich die Aufzeichnung der Statuten, als sogenannter provisorischer Statuten, fast regelmäßig der wirklichen Bildung der Gesellschaft vorauszugehen pflegt, um durch ihre Bekanntmachung das Publikum zum Beitritte einzuladen, oder wie selbst die erforderliche Staatsgenehmigung nicht selten provisorisch ertheilt wird unter der

Voraussetzung, daß die Gesellschaft wirklich zu Stande kommen werde. Am einfachsten ist das Verhältniß dann, wenn alle diejenigen Personen, welche die künftigen Actionäre sein sollen, selbst zusammentreten und den Vertrag, auf welchem ihr Verein beruhen soll, mit einander abschließen. Uebrigens genügt auch hier der bloße Consens, eine Actiengesellschaft zu diesem oder jenem Zwecke bilden zu wollen, und etwa dessen schriftliche Aufzeichnung noch nicht, um die Perfection der Actiengesellschaft zu bewirken; vielmehr müssen außerdem alle Erfordernisse vorhanden sein, welche oben als zum Wesen des Actienvereins gehörig aufgestellt wurden. Hierher gehört, da die einzelnen Gesellschafter als solche nicht mit rechtlicher Wirkung für die Gesammtheit handeln können, vor allen Dingen eine gehörige Organisation der Gesellschaft, vermöge welcher es ihr möglich wird, als ein besonderes, von ihren einzelnen Mitgliedern verschiedenes Rechtssubject in den Verkehr zu treten. Wie aus weiter unten folgenden Erörterungen hervorgehen wird, kann die Art, wie gemeinsame Gesellschaftsbeschlüsse gebildet werden müssen, allgemein aus der Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt werden; wenn also auch besondere statutenmäßige Vorschriften darüber zweckmäßig sein mögen, und in der Regel getroffen werden, so sind sie rechtlich doch nicht nothwendig, und die Perfection einer Actiengesellschaft kann mithin von derartigen Bestimmungen nicht abhängig gemacht werden. Hingegen wird die Möglichkeit ihrer Thätigkeit nach Außen allerdings dadurch bedingt, daß sie ein Organ, welches für sie handelt, wirklich bestellt hat. Eine Festsetzung des zusammenzubringenden Kapitals ist regelmäßig, eine Bestimmung darüber, bis zu welchem Betrage jeder einzelne Genosse sich betheiligen will, immer erforderlich, damit eine Actiengesellschaft perfect sei. Die Nothwendigkeit des ersteren fällt weg bei Gesellschaften, welche auf Gegenseitigkeit gebaut sind, weil diese ihrer Natur nach kein begränztes Geschäftskapital haben; doch pflegt bei ihnen ein Minimum versicherter Summen, und folgeweise zu beziehender Prämien festgesetzt zu sein, von dessen Zeichnung an die Gesellschaft erst konstituirt sein soll, und natürlich hängt die Perfection einer Actiengesellschaft mit bestimmtem Kapitale von der wirklichen Zeichnung dieses Kapitals ab. Zur vollständigen Bildung einer Actiengesellschaft, als solcher, wird nicht verlangt werden können, daß ihr von den Theilnehmern ausdrücklich der Name: „Actiengesellschaft" oder ein gleichbedeutender beigelegt sei, oder die Actionäre

ausdrücklich erklärt hätten, sie würden nur bis zum Belaufe der von ihnen gezeichneten Summen haften. Regelmäßig werden sich zwar in den Statuten derartige Aeußerungen finden, nothwendig ist es aber nicht zum Wesen der Actiengesellschaft, die mit allen ihren Eigenthümlichkeiten anzunehmen ist, wenn sich ein Verein mit der angegebenen Organisation und in der Weise gebildet hat, daß jeder Genosse eine bestimmte Summe beisteuern werde.

Die bisher ins Auge gefaßte Art der Entstehung eines Actienvereins ist rechtlich die einfachste. Was dabei über die zur Perfection des Geschäftes nothwendigen Erfordernisse gesagt wurde, gilt allgemein. Im Folgenden sind nur noch einige Eigenthümlichkeiten hervorzuheben, welche bei besonderen Entstehungsweisen des Actienvereins vorzukommen pflegen. Sehr häufig wird bei Bildung von Actiengesellschaften in der Weise verfahren, daß einer oder einige zusammen die Grundzüge einer zu bildenden Gesellschaft entwerfen und darauf hin eine Einladung an das gesammte Publikum zum Beitritte richten, wobei dann gewöhnlich der Gesammtheit der wirklich beigetretenen Actionäre eine Revision und nähere Ausführung jenes Entwurfs vorbehalten wird. Wann tritt nun in solchem Falle die Perfection der Actiengesellschaft ein? Hier ist zunächst so viel klar, daß, wenn auch der zuletzt erwähnte Vorbehalt gemacht ist, dennoch die Perfection des Vertrages nicht bis zur Abfassung der definitiven Statuten verschoben sein kann, vorausgesetzt nur, daß schon die provisorisch angenommenen Statuten hinlängliche Bestimmungen über alle wesentlichen Punkte enthalten. Die Perfection ist vielmehr schon dann vorhanden, wenn unter Anerkennung der als Entwurf vorgelegten Statuten diejenige Summe gezeichnet ist, welche in jenen als das zusammenzubringende Kapital überhaupt oder wenigstens als solches, mit welchem das Geschäft einstweilen begonnen werden solle, vorgesehen ist. Es handelt sich also im Wesentlichen nur darum, wann jeder Einzelne, der sich bereit erklärt hat, auf den Grund der vorgelegten Statuten sich bis zu einem gewissen Betrage bei der Gesellschaft zu betheiligen, als gebunden zu betrachten sei. Dabei bietet sich die Eigenthümlichkeit dar, daß ein Gesellschaftsvertrag unter mehreren Personen abgeschlossen wird, ohne daß jede einzelne mit jeder andern den entsprechenden Consens austauscht, indem die ursprünglichen Proponenten das Zustandekommen des Vertrages unter sämmtlichen Personen vermitteln, die vielleicht zum Theil gar nichts

von einander wissen. Diese freie Vertretung bei dem Erwerb obligatorischer Rechte ist freilich nach römischem Rechte nicht zulässig und widerstrebt namentlich ganz speziell der Natur der römischen Sozietät. Allein unser heutiges Recht scheint jene Schranken durchbrochen zu haben und den Satz anzuerkennen, daß Verträge auch zu Gunsten eines Dritten gültig geschlossen werden können, und diesen Dritten nach seinem Beitritt jedenfalls selbstständig berechtigen [19]). Aus der Anwendung dieses Grundsatzes auf unsere Frage ergibt sich die Folge, daß diejenigen, welche auf den Grund vorgelegter Statuten den Proponenten die Leistung bestimmter Beiträge versprechen, mit diesem Versprechen auch Dritten gebunden sind, auf welche sich dasselbe ausdrücklich oder stillschweigend nach der Natur des Verhältnisses bezog, d. i. den schon vorher beigetretenen oder künftig noch beitretenden Actionären. Diese Vertretung wird um so unbedenklicher zuzulassen sein, als die Proponenten regelmäßig nicht bloße Vermittler des Geschäftes, sondern gewöhnlich selbst Theilnehmer daran sind, so daß das ihnen gegebene Versprechen der Leistung eines bestimmten Beitrags nicht lediglich zu Gunsten eines Dritten, sondern zugleich zu ihren und zu Gunsten Dritter gegeben ist. Jeder, welcher den Aufforderern zur Bildung einer Actiengesellschaft das bindende Versprechen, sich bis zu gewissem Betrage daran zu betheiligen, gegeben hat, ist also dadurch allen, welche früher die gleiche Verbindlichkeit übernommen haben oder sie später noch übernehmen werden, zu jener Leistung verpflichtet, wie ihm umgekehrt die von jenen gegebenen Versprechen direct zu Gute kommen, und es löst sich unter diesen Verhältnissen die Frage, wann der Einzelne rechtlich als wirklicher Gesellschafter, d. h. als den andern gegenüber berechtigt und verpflichtet erscheine, in die andere Frage auf: in welchen Augenblick die Perfection seines mit den Proponenten abgeschlossenen Vertrags falle?

Die Aufforderung der Unternehmer, sich auf den Grund der von ihnen entworfenen Statuten an der zu bildenden Actiengesellschaft zu betheiligen, kann nicht als ein von ihrer Seite erklärter Wille angesehen werden, einen jeden bis zum Belaufe jeder beliebigen Summe als Actionär anzunehmen, so daß es nur seiner Erklärung bedürfte, er wolle es bis zu dem oder jenem Betrage sein,

---

19) Beseler, Erbvertr. II. §. 2.

um einen vollkommenen Consens zu begründen. Die Aufforderung ist ihrem Inhalte nach zu allgemein, als daß darin unmittelbare Angebote zu bestimmten Verträgen erblickt werden könnten, deren Annahme schon genügen würde, um die Perfection dieser Verträge herbeizuführen. Jene Aufforderung soll vielmehr erst solche Vertragsangebote veranlassen, durch deren Annahme Seitens der Proponenten dann wirkliche Verträge entstehen. Diese Ansicht dürfte der Praxis entsprechen; es pflegen an verschiedenen Orten während einer voraus bestimmten Zeit Listen aufgelegt zu werden, in welchen jeder, der sich an der Gesellschaft betheiligen will, seinen Namen und die Anzahl der von ihm zu nehmenden Actien einzeichnet. Nach Ablauf der gesetzten Frist werden, wenn die Einzeichnungen die erforderliche Summe übersteigen, die einzelnen Einzeichnungen nach einem beliebig bestimmten Maaßstabe reducirt (nicht schlechthin im Verhältniß ihrer Größe, da eine Actie regelmäßig das Minimum der möglichen Betheiligung bildet, wer also nur für eine gezeichnet hat, diese entweder ganz erhalten oder ganz aus der Gesellschaft ausscheiden muß). Die Zulässigkeit jener Reduction ohne Entschädigungsansprüche derjenigen, deren Einzeichnungen reducirt werden, beweist, daß die Aufforderung noch nicht ein eigentliches Vertragsangebot war, das durch die Erklärung der Subscribenten, es bis zu dem oder jenem Betrage anzunehmen, zum perfecten Vertrag geworden wäre. Die Proponenten lassen regelmäßig alle Subscribenten, soweit es möglich ist, zu der Betheiligung an der Gesellschaft zu; rechtlich sind sie aber dazu nicht verpflichtet, da durch die Subscription erst ein Vertragsangebot geschieht, zur Annahme eines solchen aber Niemand rechtlich genöthigt werden kann; sie können jeden Subscribenten ohne Angabe eines Grundes von der Betheiligung an der Gesellschaft zurückweisen, sowie umgekehrt jeder Subscribent vor erfolgter Annahme von Seiten der Proponenten frei zurücktreten darf. Der Vertrag zwischen den Proponenten und den Subscribenten ist erst perfect, wenn die erstern das Angebot der letzteren ganz oder zum Theil angenommen und diese die Nachricht davon erhalten haben. — Wie aber, wenn unter mehreren Proponenten Streit darüber entsteht, ob das Angebot eines gewissen Subscribenten anzunehmen sei oder nicht? Im Zweifel wird zur Annahme Einstimmigkeit der Proponenten verlangt werden müssen. Dieselben stehen nämlich hinsichtlich des Geschäftes des Zusammenbringens der

Actiengesellschaft im Verhältniß von einfachen socii zu einander, so daß also nach dem Grundsatze: melior est conditio prohibentis der Widersprechende selbst nicht durch die überwiegendste Majorität zur Theilnahme an einer gemeinsamen Handlung gezwungen werden kann. Die Aufnahme der sich meldenden Subscribenten in die Gesellschaft wird aber als ein von den Proponenten gemeinsam auszuübender Act aufzufassen sein, nicht als eine überhaupt sozietätsmäßige Handlung, welche jeder für sich vornehmen und dadurch die andern wenigstens indirect berechtigen und verpflichten könnte. Dem widerstrebt schon der Umstand, daß durch die zum Voraus bestimmte Größe des zusammenzubringenden Kapitals auch die Anzahl der möglicher Weise aufzunehmenden Actionäre eine beschränkte geworden ist, also nicht jeder der Proponenten für sich beliebig Subscribenten in die Gesellschaft aufnehmen kann. Zu demselben Resultate führt auch die Rücksicht, welche den bereits aufgenommenen Actionären geschuldet wird. Sie überlassen die Bestimmung derjenigen Personen, welche noch ferner mit ihnen in den Actienverein eintreten sollen, den ursprünglichen Proponenten, welche das ganze Geschäft vermitteln. Diese Vermittlerrolle ist aber nicht den Einzelnen, sondern nur allen insgesammt überlassen, die, sofern nicht ein anderes ausdrücklich verabredet ist, der Natur der Sache nach nur durch Einstimmigkeit zu einem giltigen Beschlusse kommen können. Die Aufnahme eines Subscribenten in die Gesellschaft durch einen ungiltigen Beschluß einzelner Proponenten ist rechtlich als nicht geschehen zu betrachten; die übrigen Proponenten und die etwaigen sonstigen Theilnehmer brauchen jenen nicht als Genossen anzuerkennen; er kann sich lediglich an seine Kontrahenten halten.

Die einzelnen Subscribenten, welche durch ihre Einzeichnung das Vertragsangebot machen, sie in den Actienverein aufzunehmen, machen dieses Angebot natürlich nur unter der Bedingung, daß der Verein zu Stande kommen werde, und unter derselben Bedingung steht der Vertrag, welcher durch Annahme ihres Angebots von Seiten der Proponenten wirklich abgeschlossen wird. Eine ausdrückliche Bestimmung des Zeitpunktes, bis zu welchem jene Bedingung spätestens erfüllt sein müsse, findet sich nur selten, indem regelmäßig erst nach Ablauf des ganzen zu Einzeichnungen zunächst gesetzten Termins die Erklärungen der Proponenten auf die vor jenem Termine gemachten Angebote erfolgen, die Subscribenten also, welche

sich jetzt bei der Annahme ihrer Anerbietungen beruhigen, obgleich noch nicht alle Bedingungen des Zustandekommens des Vereins, z. B. die Zeichnung der ganzen erforderlichen Summe, erfüllt sind, darauf verzichten, daß bis zum Eintritt jenes ersten Termins der Verein schon zu Stande gekommen sei. Oft ist sogar eine Zeitbestimmung der fraglichen Art kaum möglich, wenn z. B. für die Entstehung einer Actiengesellschaft Staatsgenehmigung erforderlich ist, für deren Ertheilung der Staatsbehörde natürlich kein Termin gesetzt werden kann. Auf der andern Seite können die einstweilen beigetretenen Actionäre auch nicht für verpflichtet erachtet werden, die von ihnen nur voraussetzungsweise übernommene Verbindlichkeit für eine ganz unbestimmte Zukunft auf sich zu behalten, während jene Voraussetzung vielleicht niemals eintreten wird. Es ist deßhalb jedem einzelnen einstweilen beigetretenen Actionäre das Recht zuzugestehen, wegen ungebührlich langer Verzögerung des endlichen Zustandekommens der ganzen Gesellschaft wieder zurückzutreten; die Entscheidung eines darüber entstehenden Streites ist dem richterlichen Ermessen zu überlassen, welches hier nicht nach voraus bestimmbaren rechtlichen, sondern nur nach den faktischen Gesichtspunkten des jedesmaligen Falles sich bestimmen kann. Der Austritt wird z. B. eher zu gestatten sein, wenn die Einzeichnungen einen allzu langsamen Fortgang nehmen, als wenn die erforderliche Regierungsgenehmigung ungewöhnlich lange auf sich warten läßt, weil im ersten Falle ein endliches Ziel gar nicht abzusehen ist und in der Verzögerung schon ein schlimmes Zeichen für die Unternehmung liegt, während im zweiten Falle ein Zweifel angenommen werden muß, die Entscheidung der Staatsbehörde werde nicht länger verzögert, als die Umstände es gebieten. Unbezweifelt haben aber die einstweilen beigetretenen Actionäre ein Recht, daß diejenigen Personen, welche die Sorge für das Zustandekommen des Vereins übernommen haben, alle dazu erforderlichen Maßregeln ergreifen [20]).

Wenn die wirkliche Errichtung des Actienvereins entschieden unmöglich wird, indem z. B. das beabsichtigte Unternehmen wegen veränderter Verhältnisse nicht mehr ausgeführt werden kann, oder indem die Staatsgenehmigung, wo sie erforderlich ist, versagt wird, hört natürlich jede fernere Verbindlichkeit der einstweilen beigetretenen

---

20) Vergl. Pöhls a. a. O. S. 20 ffg.

Mitglieder auf. Eine gleiche Wirkung wird einer Veränderung der Umstände, nach welcher statt des gehofften Gewinnes Schaden zu erwarten ist, nicht beigelegt werden können; denn abgesehen davon, daß so etwas am Ende doch nur mehr oder minder wahrscheinlich gemacht und nicht vollständig bewiesen werden kann, ertheilt der Umstand allein, daß wegen veränderter Verhältnisse die zu einem Rechtsgeschäfte veranlassenden Motive ihre Befriedigung nicht mehr finden werden, Niemanden die Befugniß, sich einer rechtsgültig übernommenen Verbindlichkeit zu entschlagen. Die Behauptung, die Gegner, welche unter solchen Umständen auf definitiver Gründung der Gesellschaft beharrten, hätten wegen jeglichen Mangels eines rechtlichen Interesses auch kein Recht, ist rein willkührlich. Sie können an dem Bestehen der Actiengesellschaft, selbst wenn je erwiesen werden könnte, daß sie ihnen niemals einen directen Geldgewinn abwerfen werde, dennoch Interesse von mancherlei Art haben. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Verpflichtung, in der Gesellschaft zu beharren, dann wegfällt, wenn bewiesen werden kann, dieselbe werde auf der angenommenen Basis unmöglich bestehen können, sondern über kurz oder lang zu Grunde gehen müssen. Dieß kann z. B. bei Lebens-Versicherungs-Gesellschaften vorkommen, welche auf unrichtige Sterblichkeitstabellen basirt sind. Der Grund, warum hier jeder Actionär Auflösung des Vertrags verlangen kann, ist aber nicht der, daß Schaden zu erwarten ist, sondern der, daß die Gesellschaft in der beabsichtigten Weise unmöglich bestehen kann.

Zwang, Irrthum, Betrug ꝛc. bringen für denjenigen, welcher durch sie zum Eintritt in eine Actiengesellschaft bewogen wurde, ganz die gewöhnlichen Folgen hervor; sie geben bei Actiengesellschaften nur insofern einen Gegenstand besonderer Betrachtung ab, als die Frage aufzuwerfen ist, ob durch die spätere Geltendmachung der Rescissibilität oder der Nichtigkeit, welche dem Beitritte eines Mitgliedes in Folge jener Umstände ankleben, der bereits konstituirte Verein rechtlich wieder aufgehoben wird, weil das zu seiner Entstehung erforderliche Kapital in der That nicht zusammengebracht gewesen sei. Ein Unterschied zwischen der bloßen Rescissibilität und der Nichtigkeit wird hier nicht zu machen sein, da auch im ersten Fall der durch Betrug oder Zwang zum Beitritte vermochte Actionär doch nie rechtlich zu irgend einer Leistung verpflichtet war, wenn er auch zu seinem Schutze andere Mittel anwenden mußte, als der,

dessen Beitrittserklärung ipso jure nichtig war. Da nun das wirkliche Zusammenkommen der festgesetzten Summe wesentliches Erforderniß für die Entstehung der Actiengesellschaft ist, in den vorausgesetzten Fällen aber eine rechtliche Nöthigung zum Einzahlen derselben in ihrem ganzen Betrage nie bestand, so muß der Strenge des Rechts nach angenommen werden, der Verein sei rechtlich nie konstituirt gewesen. Dieses Resultat des strengen Rechts darf durch Rücksichten angeblicher Billigkeit nicht umgestoßen werden; und wenn man es zu hart findet, daß wegen des mangelhaften Beitrittes vielleicht eines einzigen Mitgliedes die Existenz des ganzen Vereins gefährdet werde, so gedenke man nur auch der Kehrseite des Bildes, daß vielleicht die Mehrheit der Actionäre durch Betrügereien zum Beitritt veranlaßt sein kann, in welchem Falle dann eine nicht geringere Härte für die übrigen entstehen würde, wenn sie troß des Verlustes an Kapital, welchen die Gesellschaft durch Ausscheiden jener erlitte, in derselben beharren müßten. Die in Frage stehenden Umstände können auf das Bestehen der Actiengesellschaft als solcher begreiflicher Weise dann keinen Einfluß haben, wenn für diese, ihrem Wesen nach, ein bestimmtes Kapital nicht erforderlich ist, wie z. B. bei Gegenseitigkeitsgesellschaften; dann scheidet derjenige, dessen Beitritt wegen irgend eines Mangels rechtlich nicht verbindlich war, einfach aus der Gesellschaft aus, die im Uebrigen unberührt bestehen bleibt.

§. 7. Darstellung der Verhältnisse, welche entstehen, wenn eine Actiengesellschaft in Thätigkeit tritt, ehe sie rechtlich als Actiengesellschaft existirt.

Zum Schlusse dieses Kapitels über die Entstehung der Actiengesellschaften mögen hier noch die Verhältnisse eine Erörterung finden, welche daraus hervorgehen, daß ein Verein, der eine Actiengesellschaft werden will, in Thätigkeit tritt, bevor er wirklich ein Actienverein rechtlich geworden ist. Der einfachste Fall dieser Art, welcher vorkommen kann, ist der, daß mehrere Personen, welche für ein beliebiges Unternehmen die Bildung einer Actiengesellschaft beabsichtigen, die zur Ausführung ihres Planes erforderlichen Vorarbeiten vornehmen und so untereinander und mit Dritten in Rechtsverhältnisse eintreten. Hier liegt eine ganz gewöhnliche Sozietät vor, und es ist lediglich nach den von einer solchen geltenden gemeinrecht-

lichen Grundsätzen zu beurtheilen, wozu jeder Einzelne seinen sociis gegenüber berechtigt und verpflichtet ist, und wie weit und in welcher Weise Rechtsgeschäfte, welche einer von ihnen mit dritten Personen abgeschlossen hat, auch für seine socii rechtliche Wirkungen äußern. Das hier vorausgesetzte Rechtsverhältniß steht mit der für die Zukunft beabsichtigten Actiengesellschaft in gar keinem rechtlichen Zusammenhange; es ist nur faktisch das Mittel, um jene zu Stande zu bringen. Verbindlichkeiten, welche solche Proponenten übernommen haben, um die Gründung des Actienvereins möglich zu machen, gehen darum auch, wenn dieser wirklich zu Stande gekommen ist, nicht von selbst auf ihn über; denn Niemand ist bloß deßhalb, weil ein anderer einen ihm zu Statten kommenden Aufwand gemacht hat, diesem die aufgewendeten Kosten zu vergüten verpflichtet, und daß von einer negotiorum gestio zu Gunsten einer erst künftig entstehenden Actiengesellschaft die Rede nicht sein kann, leuchtet von selbst ein. Häufig übernimmt aber allerdings der nachträglich zu Stande gekommene Actienverein die auf seine Schöpfung verwendeten Unkosten, namentlich in der Art, daß den Proponenten, welche ja regelmäßig Actionäre zu werden pflegen, gewisse der Größe des von ihnen gemachten Aufwandes entsprechende Prozente an ihren Actien als eingezahlt angerechnet werden; nur muß eine derartige Schadloshaltung unter den Partheien bestimmt vereinbart sein, und darf nicht vermuthet werden.

Weit größere Schwierigkeiten ergeben sich in dem Falle, wenn schon mehrere Personen sich verbindlich gemacht haben, Actionäre bei einer bestimmten Gesellschaft zu sein, und wenn nun Geschäfte unternommen werden, als bestände die Actiengesellschaft rechtlich schon als solche, während sie noch nicht vollständig konstituirt ist. Solche Fälle lassen sich in mancherlei Weise denken: es kann eine zur Entstehung einer Actiengesellschaft rechtlich nothwendige Form unerfüllt geblieben sein, es kann an irgend einem andern materiell wesentlichen Erforderniß dieses Rechtsverhältnisses fehlen, indem z. B. der Zweck, zu welchem, oder das Kapital, mit welchem die Gesellschaft handeln soll, nicht gehörig bestimmt sind, oder indem das statutenmäßig zum Beginne der Gesellschaft erforderliche Kapital noch nicht zusammengebracht ist, sei es daß es niemals gezeichnet, oder daß der Beitritt einzelner Actionäre rechtlich für dieselben unverbindlich war. Dieser zuletzt erwähnte Fall des nicht vollständig

zusammengebrachten Kapitals bedarf aber noch einer etwas genaueren Betrachtung. Es kommt häufig vor, daß das Actienkapital statutenmäßig auf eine bestimmte Höhe gebracht werden, dessen ungeachtet aber nach Bestimmung der Statuten die Gesellschaft ihre Geschäfte schon beginnen soll, wenn nur ein gewisser Theil jenes Kapitals untergebracht sein werde; selbst die Staatsgenehmigung, wo sie erforderlich ist, pflegt solchen Statuten ohne Anstand bewilligt zu werden. Es versteht sich von selbst, daß hier die Actiengesellschaft als solche rechtlich schon dann existirt, wenn jene statutenmäßig vorgesehene kleinere Summe zusammengebracht ist; denn die Erwähnung des größern Kapitals kann hier, wenn die Statuten nicht mit sich selbst im Widerspruch stehen sollen, nicht die Bedeutung haben, sein Zusammenkommen solle Bedingung der Existenz der Gesellschaft sein, sondern sie dient nur zur Bestimmung des Maximum der durch Actien zusammenzubringenden Summe. Dieser Fall gehört also gar nicht in den Kreis der hier anzustellenden Betrachtungen. Da ferner bei allen Actiengesellschaften, welche nicht nach der Natur ihrer Geschäfte mit unbegrenztem Kapitale zu betreiben sind, wie z. B. auf Gegenseitigkeit gebaute Gesellschaften, zwar die Bezeichnung einer bestimmten Summe, als des durch Actien aufzubringenden Vermögens, zu ihrem Bestehen wesentlich ist, die Größe dieser Summe aber ganz in dem Belieben der Actionäre steht, so muß nach der Ansicht, daß eine Actiengesellschaft gar keiner Form, auch nicht schriftlicher Aufzeichnung bedürfe, angenommen werden: eine Gesellschaft, welche mit Zustimmung aller Mitglieder zu handeln anfängt, obgleich das ursprünglich verabredete Kapital noch nicht beisammen ist, sei doch als Actiengesellschaft vollkommen rechtlich konstituirt. Denn in dem Beginne der Thätigkeit liegt thatsächlich ausgesprochen, daß man die ursprünglich für den Anfang der Gesellschaft verabredete Summe herabgesetzt hat. Dritte können wegen ihnen daraus erwachsener Nachtheile die wirklichen Actionäre auf Vervollständigung der ursprünglichen Summe belangen, aber freilich nur unter der Voraussetzung, daß sie beweisen können, sie seien befugt gewesen, das ursprünglich festgesetzte Kapital noch fortwährend als das wahre zu betrachten, weil sie von der geschehenen Herabsetzung nicht füglich hätten Wissenschaft erhalten können. Dieses Beispiel mag darauf aufmerksam machen, daß es auch praktisch keineswegs gleichgültig ist, ob man schriftliche Auf-

zeichnung des Gesellschaftsvertrages für rechtlich nothwendig hält oder nicht.

Wenden wir uns nun zu den Fällen, in welchen wirklich eine Actiengesellschaft, obgleich sie rechtlich als solche noch nicht existirt, sich in Rechtsgeschäfte einläßt, so ist freilich klar, daß bei Bestimmung der Wirkungen, welche eintreten sollen, davon ausgegangen werden muß, es existire überall keine Actiengesellschaft. Damit ist aber noch nicht gesagt, es existire überhaupt gar kein bindendes Rechtsverhältniß, wie Pöhls annimmt [21]); die Rechte und Verbindlichkeiten, welche unter den künftigen Actionären bestanden, konnten dadurch nicht aufgehoben werden, daß sie voreiliger und widerrechtlicher Weise sich als Actiengesellschaft gerirten. Ihr einstweiliger Vorsteher, der regelmäßig aus ihrer Mitte genommen ist, steht zu ihnen in einem vollkommen giltigen Rechtsverhältnisse, das im Allgemeinen als Mandat zu charakterisiren ist. Wenn er sich mit Dritten in Rechtsgeschäfte einläßt, so entstehen daraus, abgesehen von etwaigen besonderen Hindernissen, jedenfalls ihn persönlich bindende Obligationen, in welchen, wenn die fraglichen Verträge wesentlich zweiseitiger Natur sind, nothwendiger Weise auch Rechte für ihn enthalten sind. Andererseits muß unter den hieher gehörigen Fällen natürlich die größte Verschiedenheit eintreten, je nachdem die nicht administrirenden Actionäre dem erfrühten Beginne der Thätigkeit der Gesellschaft beigestimmt haben oder nicht, oder die dritten Personen, welche sich mit der rechtlich noch nicht existirenden Actiengesellschaft in Rechtsgeschäfte eingelassen, von der Mangelhaftigkeit ihrer Existenz unterrichtet waren oder nichts davon wußten. Unter Berücksichtigung dieser Verschiedenheiten suchen manche Schriftsteller die sich ergebenden Rechtsfragen dadurch zu lösen, daß sie eine rechtlich noch nicht existirende Actiengesellschaft, welche gleichwohl als solche Rechtsgeschäfte abschließt, als gewöhnliche Handelsgesellschaft oder als Kommandite behandeln, je nachdem sie dieselbe als eine Abart der Sozietät überhaupt oder speziell der Kommandite auffassen, welche, wenn nicht alle Bedingungen ihrer rechtlichen Eigenthümlichkeiten erfüllt wären, unter ihr nächststehendes allgemeines genus zurückfallen müsse [22]). Mir scheint dieses Auskunftsmittel unzulässig. Diejenigen,

21) a. a. O. S. 37.

22) Pardessus, cours de droit comm. IV. p. 232 seq. — Brackenhöft a. a. O. S. 90.

welche sich gegenseitig verpflichtet sind, bis zu gewissem Betrage Mitglieder eines Actienvereins zu werden, falls derselbe in rechtsgültiger Weise zu Stande kommen sollte, sind dadurch weder socii noch Kommanditisten ihres provisorischen Vorstehers, als Komplementars, geworden. Sie hatten nie einen Consens darüber ausgetauscht, socii des gemeinen Rechts sein zu wollen; sie hatten im Gegentheil durch Erklärung ihres auf Bildung einer Actiengesellschaft gerichteten Willens deutlich zu erkennen gegeben, daß sie nicht gewöhnliche socii sein wollen. Selbst wenn sie später insgesammt ihrem einstweiligen Vorsteher den Auftrag gaben, die beabsichtigten Unternehmungen zu beginnen, als bildeten sie rechtlich schon eine Actiengesellschaft, kann darin nicht eine stillschweigende Umwandlung ihres Willens gefunden werden, nunmehr eine gewöhnliche societas zu bilden; denn ihr erklärter Wille geht ja dahin, als Actiengesellschaft zu gelten, und wenn dieß auch unserer Voraussetzung gemäß rechtlich nicht möglich ist, so werden dadurch doch nur diejenigen über Actiengesellschaften geltenden Rechtssätze ausgeschlossen, welche ohne eine solche nicht möglich sind; es können also namentlich die Actionäre hier nicht formell als Einheit, als ein besonderes selbstständiges Rechtssubject gelten. Andere Rechtssätze, welche zwar an sich den Actiengesellschaften angehören, aber doch auch außerhalb derselben vorkommen können, werden in unserem Falle der Absicht der Partheien gemäß zur Anwendung zu bringen sein, während umgekehrt Rechtssätze, welche sich auf die positiv römische Sozietät beziehen, nicht herbeigezogen werden dürfen, sofern sie der klar ausgesprochenen Absicht der Partheien widerstreiten, wie denn z. B. nach meiner Ansicht von einer solidarischen Haftung der Actionäre für die Handlungen ihres einstweiligen Vorstehers nicht die Rede sein kann. So wenig eine Actiengesellschaft durch zu frühes Handeln eine gemeine societas wird, eben so wenig wird sie dadurch eine Commandite. Der Vorsteher, der in ihrem Namen handelt, gilt nie, weder in den Augen seiner Genossen, noch in denen dritter Kontrahenten als Inhaber eines eigenen Geschäftes, das er nur mit Zuschüssen fremder Personen (der Actionäre) betriebe; es scheint mir aber unzuläßig, einem gegebenen Rechtsverhältnisse zum Behufe seiner Erklärung einen Charakter aufzudrücken, den es nach der entschiedenen Vorstellung aller Betheiligten nicht hat.

Meiner Ansicht nach muß bei Beantwortung der hier vorliegen-

den Frage: welche Wirkungen das zu frühe Handeln einer Gesellschaft hervorbringt, die als Actiengesellschaft handeln will, rechtlich aber als solche noch nicht existirt, immer von der individuellen Beschaffenheit des einzelnen Falles ausgegangen, die erkennbare jedesmalige Absicht der Betheiligten ermittelt und zugesehen werden, in wie weit diese Absicht rechtlich auf dem eingeschlagenen Wege erreicht werden kann, oder welche nicht beabsichtigte Wirkungen sich etwa aus rechtlicher Nothwendigkeit an das beobachtete Verfahren anknüpften. Von der größten Wichtigkeit ist dabei der Umstand, ob die Actionäre der erfrühten Thätigkeit ihres provisorischen Vorstandes ihre Zustimmung ertheilten oder nicht, und mit Rücksicht auf diesen Unterschied will ich die hauptsächlichen Folgen des zu frühen Handelns eines noch nicht völlig als Actiengesellschaft konstituirten Vereins darzustellen versuchen. Es sind hier mehrere Fälle zu unterscheiden: 1) Der provisorische Vorstand einer solchen Gesellschaft läßt sich in Rechtsgeschäfte für dieselbe ein, als wäre sie rechtlich schon vollständig gegründet, ohne zur Vornahme jener Geschäfte durch die Actionäre ausdrücklich oder stillschweigend ermächtigt zu sein. Unter dieser Voraussetzung ist er den Actionären zum Ersatz alles ihnen zugefügten Schadens verpflichtet, z. B. wenn er die von ihnen eingeschossenen Gelder eigenmächtig verwendete, und er haftet den dritten Kontrahenten persönlich mit seinem ganzen Vermögen. Wenn er gleich nämlich nur als Verwalter fremder Angelegenheiten kontrahirte, so trifft ihn, selbst wenn man nach heutigem Rechte den Mandatar nur für verbunden hält, einen verpflichteten dominus negotii zu stellen, doch jedenfalls die übernommene Verbindlichkeit persönlich, weil er eben einen Auftraggeber, welcher die von ihm eingegangenen Obligationen anerkennen müßte, nicht zu stellen vermag. An diesem Verhältnisse wird auch dadurch nichts geändert, daß der dritte Kontrahent etwa wußte, die Gesellschaft existire rechtlich noch nicht als Actiengesellschaft; denn der Vorstand derselben stellte sich ihm doch immer als Mandatar eines Dritten dar, muß also, da er irgend einen rechtlich verpflichteten Mandans nicht zu stellen vermag, für die übernommene Verbindlichkeit schlechthin einstehen. Ja er ist dazu meiner Ansicht nach selbst dann verpflichtet, wenn auch dem dritten Kontrahenten bekannt war, er sei gar nicht zur Eingehung des fraglichen Rechtsgeschäftes beauftragt. Will man nämlich dem wenigstens äußerlich perfecten Vertrage nicht alle rechtliche Wirkung absprechen, so kann man der Beziehung des

abgeschlossenen Geschäftes auf die zu bildende Actiengesellschaft nur die factische Bedeutung beilegen, daß das Geschäft mit Rücksicht auf jene eingegangen wurde. Rechtlich steht einzig und allein der provisorische Vorstand des Actienvereins in einem Obligationsverhältniß mit dem Dritten und ist darum auch der ausschließlich Berechtigte und Verpflichtete. Es versteht sich von selbst, daß in allen aufgezählten Fällen aus den Rechtsgeschäften mit dem provisorischen Vorstande einer rechtlich noch nicht konstituirten Actiengesellschaft der dritte Kontrahent keinerlei Ansprüche gegen die Actionäre ableiten kann. 2) Der provisorische Vorstand unternimmt mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung der Actionäre Geschäfte für die rechtlich noch nicht existirende Actiengesellschaft, als bestände sie schon als solche. Ich habe schon oben darzuthun gesucht, daß selbst in diesem Falle eine Umwandlung des seither unter den Actionären bestehenden Verhältnisses in das einer gemeinrechtlichen Sozietät nicht angenommen werden kann. Die Sache verhält sich vielmehr einfach so: die künftigen Actionäre ertheilen insgesammt einem Mandatar den Auftrag, gewisse Geschäfte für sie vorzunehmen, fügen aber diesem Auftrage gleich die Bestimmung bei, es wolle sich ein Jeder nur bis zu einer gewissen Summe verpflichten lassen. Ein derartiges Mandat ist vollkommen zulässig. Die solidarische Haftung, welche das römische Recht mehreren einen gemeinschaftlichen Institor ernennenden sociis auferlegt, ist eine Eigenthümlichkeit, welche durch gehörigen Vorbehalt selbst bei der römischen Sozietät wegfallen kann, ohne das Wesen derselben zu ändern. Sie hängt mit Grundsätzen des römischen Rechts zusammen, welche bei der heutigen Actiengesellschaft nicht in Anwendung gebracht werden können [21]; sie muß darum schon dann als stillschweigend ausgeschlossen betrachtet werden, wenn nur unter dem Namen einer Actiengesellschaft kontrahirt ist, die gleichwohl als solche noch nicht rechtlich existirt. Denn wenn auch in diesem Falle die Nichtsolidarität in der Haftung nicht schon aus dem wirklich vorhandenen Rechtsverhältnisse gefolgert werden kann, so geht sie doch aus der Absicht der Partheien hervor, welche sich ihrer Seits in dem Willen, so weit möglich als Actiengesellschaft zu gelten, hinlänglich manifestirt. Der Ausschluß der Solidarität in der Haftung mehrerer Mandanten für die Handlungen ihres Mandatars kann aber durch Vertrag

21) S. unten §. 8.

gültig festgesetzt und muß, wo dieß direct oder indirect geschah, anerkannt werden. Der Vorstand einer Gesellschaft, welcher für sie handelte, als wäre sie eine Actiengesellschaft, obgleich sie es rechtlich nicht war, haftet den dritten Kontrahenten jedenfalls persönlich; denn er kann ihnen das, was er als Vorstand einer wirklichen Actiengesellschaft hätte leisten können und müssen, die Befriedigung aus der einheitlichen Gesellschaftskasse, nicht leisten. Außer gegen ihn können die dritten Kontrahenten aber gegen die einzelnen Actionäre mit der actio institoria klagen, jedoch wegen der besonderen Natur des Verhältnisses gegen jeden Einzelnen nur bis zum Belauf der Summe, bis zu welcher er dem Vorstande eingeräumt hatte, ihn zu verpflichten. Waren die dritten Kontrahenten nach den Umständen berechtigt, auf Seite des Vorstandes in dieser Beziehung ein weiter gehendes Mandat anzunehmen, als er es in der That hatte, indem die Gesellschaft z. B. mit einem geringeren Fond anfieng, als dem in den Statuten festgesetzten, so haften die Actionäre nach allgemeinen Grundsätzen bis zu jenem höheren Betrage, aber doch immer nur pro rata nicht in solidum. War den dritten Kontrahenten bekannt, daß die Actiengesellschaft, in deren Namen mit ihnen kontrahirt wurde, als solche noch nicht existire, so sind die Wirkungen der eingegangenen Rechtsgeschäfte ganz dieselben, wie die seither für die entgegengesetzte Voraussetzung angegebenen; denn indem sie mit einer Gesellschaft, die wenn gleich unbefugter Weise sich als Actiengesellschaft benahm, sich in Geschäfte einließen, erkannten auch sie ihrer Seits an, daß die Gesellschafter nicht als gemeine socii gelten, sondern die Wirkungen der abgeschlossenen Geschäfte soweit, als dieß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen möglich wäre, in der Art bestimmt werden sollten, als existirte wirklich rechtlich eine Actiengesellschaft. Nur wird, wenn den dritten Kontrahenten die Mangelhaftigkeit der Actiengesellschaft bekannt war, der Vorstand derselben ihnen nicht persönlich verpflichtet sein, sofern man es überhaupt als einen Grundsatz des heutigen Rechts anerkennt, daß der Mandatar dem dritten Kontrahenten zu weiter nichts verbunden sei, als zur Nennung eines Auftraggebers, der den Auftrag anerkennen müsse. Ihrem provisorischen Vorsteher haften die Actionäre als Mandanten, und zwar, wie es die Natur des Mandats mit sich bringt nur bis zu dem Belaufe, wohin sie ihn er-

mächtigten, Verbindlichkeiten für sie zu übernehmen, d. h. jeder nur bis zum Belaufe der von ihm versprochenen Beiträge.

Ueber die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Mitglieder einer Actiengesellschaft, welche, ehe sie rechtlich existirte, doch als solche zu handeln begann, lassen sich am schwersten feste Rechtsgrundsätze aufstellen. So viel ist gewiß, daß das in der wirklichen Actiengesellschaft in dieser Beziehung tief eingreifende Moment, die Geltung der Gesellschaft als ein besonderes Rechtssubject, im vorausgesetzten Falle nicht in Betracht kommen kann. Dessen ungeachtet wird man die Verhältnisse unter den Actionären ex aequo et bono möglichst nach jener Idee und nach den entworfenen Statuten zu beurtheilen haben, indem die Actionäre, welche in die zu frühe Thätigkeit der Gesellschaft einwilligten, dieß im Zweifel doch nur in dem Sinne thaten, daß die Gesellschaft faktisch einstweilen ganz so handle, als bestehe sie rechtlich schon als Actiengesellschaft. Es werden demgemäß nicht die einzelnen Actionäre als solche, sondern nur der provisorische Vorstand für die Gesellschaft zu handeln befugt sein. Die Gesellschafter werden nur an die gemeinschaftliche Kasse Zahlung leisten, nur im Namen der Gesammtheit wird gültig Zahlung verlangt werden können. Hingegen werden Erfolge, welche wesentlich voraussetzen, daß die Gesellschaft formell als selbstständiges, von den einzelnen Mitgliedern verschiedenes, Rechtssubject gelte, in unserem Falle, wo jene Voraussetzung fehlt und durch Partheienwillkühr nicht ersetzt zu werden vermag, nicht eintreten können, und es ist also z. B. in diesem Falle die Bestellung einer Servitut an einer gemeinschaftlichen Sache zum Besten eines Actionärs rechtlich unmöglich. Die Einwilligung, welche die Actionäre dazu ertheilten, daß die Gesellschaft einstweilen als Actiengesellschaft handle, obgleich sie rechtlich noch nicht als solche existire, wird im Zweifel nur als provisorisch ertheilt anzusehen sein und darum von jedem Einzelnen frei widerrufen werden können, was aber nicht zur Ausübung von Unredlichkeiten benutzt werden darf [22]).

---

22) Vergl. überhaupt Pöhls a. a. O. S. 37 ffg. S. 222 ffg. — Pardessus a. a. O. S. 232 ffg. 252 ffg. 274 ffg.

Drittes Kapitel.

Rechtsverhältnisse während bestehender Actiengesellschaft.

§. 8. Organisation der Actiengesellschaft.

Bei Betrachtung der bei bestehender Actiengesellschaft vorkommenden Rechtsverhältnisse werden passend die rechtlichen Beziehungen der Gesellschaft an und für sich von denen geschieden, in welche sie mit dritten Personen sich einläßt.

Was die ersteren betrifft, so bieten dieselben nach dem oben entwickelten Begriffe und rechtlichen Wesen der Actiengesellschaft zwei Seiten für die Betrachtung dar: die formelle, die Vertretung und äußere Erscheinung der Gesellschaft betreffende, und die materielle. Der Actienverein gilt formell als eine juristische Person, was nach den oben gegebenen Erörterungen so viel heißt: er tritt ganz so in Thätigkeit, als wäre er nur ein einziges selbstständiges, künstlich geschaffenes Rechtssubject; woraus sich von selbst ergibt, daß bei der Actiengesellschaft, wie bei jeder juristischen Person, Sorge für ein Organ getragen sein muß, welches den Willen jenes künstlichen Rechtssubjectes vertritt: denn einem solchen geht die natürliche Fähigkeit zu wollen und damit an sich die nothwendige Grundlage aller Rechtssubjectivität ab. Wird nun diese letztere künstlich dennoch angenommen, so muß nothwendiger Weise auch für ihre Grundlage künstlich gesorgt werden, ohne welche sie gar nicht gedacht werden kann. Bei der Anwendung dieser Sätze auf die Actiengesellschaft darf aber nicht vergessen werden, daß dieselbe nur der Form nach eine juristische Person ist, daß also auch nur formell von einem Organe die Rede sein kann, welches für ein seiner Beschaffenheit nach des Wollens unfähiges Subject einen rechtlichen Willen zu bilden hätte: denn der That nach handelt es sich in unserem Falle nur um die einzelnen in der Actiengesellschaft begriffenen physischen Rechtssubjecte, deren jedes natürliche Willensfähigkeit besitzt. Die juristisch einfachste Art der Vertretung einer universitas — und dieser Spezies der juristischen Personen ist die Actiengesellschaft beizuzählen, so weit sie überhaupt zu den juristischen Personen gehört —, ist die: daß sämmtliche Glieder derselben zusammentreten und durch gemeinsamen Beschluß den Willen der universitas bilden. Ein solches Verfahren würde der Natur der Actiengesellschaft wenig entsprechen: denn sie gilt nur formell als juristische Person, muß also, da diese formelle Eigenthümlichkeit

nothwendig zu ihrem Wesen gehört, in der Art eingerichtet sein, daß für sie als ein Ganzes wenigstens die Form eines besonderen, von den einzelnen physischen Mitgliedern der Gesellschaft verschiedenen Rechtssubjectes übrig bleibt. Dieß würde aber nicht der Fall sein, wenn in einer gegebenen Gesellschaft statutenmäßig stets nur sämmtliche Glieder miteinander die Gesellschaft vertreten könnten. Die Rechtsgeschäfte, in welche die Gesellschaft als ein Ganzes sich einließe, bezögen sich hier nicht nur materiell, sondern auch formell stets und nothwendig direkt auf ihre einzelnen Glieder, was eben bei der Actiengesellschaft nicht Statt finden soll. Praktisch wird freilich nicht leicht der Fall vorkommen, daß es einer Actiengesellschaft an der zu ihrem Wesen nothwendigen Organisation fehlt; dessenungeachtet wird die gemachte Bemerkung nicht überflüssig sein, indem sie theoretisch für das Verständniß des Wesens des Actienvereins nicht ohne Werth ist. Das Zusammenfassen der ganzen Gesellschaft als eines einzigen Rechtssubjects hat nämlich nicht blos den Zweck einer Erleichterung des Geschäftsverkehrs, sondern diese eigenthümliche Art des Auftretens der Gesellschaft ist auch zu gleicher Zeit die Voraussetzung, unter welcher allein mehrere zusammen sich in Rechtsgeschäfte einlassen können, so daß sie für die aus demselben entstehenden Verbindlichkeiten nicht unbedingt bis zu deren vollem Betrage, sondern jeder nur bis zu einer schon im Voraus bestimmten Summe haften. Wer ein Rechtsgeschäft eingeht, haftet der Natur der Sache nach für die ganze Verbindlichkeit, welche dadurch erzeugt wird, ihr Betrag sei welcher er wolle; ein Beschränken dieser Haftung durch directe Verabredung ist undenkbar; denn der Vertrag: ich kaufe die Sache um 1000 fl., bekenne mich aber gleichwohl nur für 900 fl. als Schuldner, wäre ein Unding; die eine Uebereinkunft hebt nothwendig die andere auf. Die Mitglieder einer Actiengesellschaft schließen aber in der That derartige Verträge mit Dritten ab, was für sie dadurch möglich wird, daß sie formell als ein einziges Rechtssubject auftreten, auf dessen fingirtes Vermögen, bestehend aus den Einschüssen welche die einzelnen Actionäre zu leisten verpflichtet sind, die abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sich beziehen. Aus diesen Verhältnissen ergibt sich aber die rechtliche Nothwendigkeit, daß die Actiengesellschaft in einer Weise handelt, welche ihr Handeln mit dem ihrer einzelnen Glieder für sich nicht geradezu und schlechthin identisch macht. Wenn sich alle Handlungen einer Gesellschaft nach

der besonderen Verfassung derselben nothwendiger Weise stets in Handlungen aller einzelnen Mitglieder derselben auflösen müßten, so könnte einer solchen Gesellschaft meiner Ansicht nach der Charakter einer Actiengesellschaft nicht mehr beigelegt werden, und es müßte jeder für die eingegangenen Rechtsgeschäfte, die ja nothwendig alle von ihm persönlich eingegangen wären, auch zum vollen Betrage haften. Wie Gewohnheit und Gesetzgebung mit glücklichem Takte den positiven Rechtssatz gebildet haben, daß Actiengesellschaften nicht den Namen eines oder mehrerer Actionäre tragen dürfen, um ihre Eigenthümlichkeit nicht zu verdecken, wornach Niemand für den vollen Betrag der eingegangenen Verbindlichkeiten, sondern jeder Actionär nur für die bestimmte von ihm versprochene Leistung haftet, so scheint es Aufgabe der Jurisprudenz, aus demselben Grunde den andern im Wesen der Actiengesellschaft begründeten, aber weniger ins Auge fallenden Satz hervorzuheben, daß die Actiengesellschaft nothwendiger Weise einer Organisation bedarf, vermöge welcher die Handlungen der Gesellschaft als solcher von den Handlungen der einzelnen Glieder formell möglicher Weise unterschieden werden können. Dem Code de comm. (Art. 31) gebührt das Verdienst, auch diese Eigenthümlichkeit der Actiengesellschaften richtig erfaßt zu haben; denn sein kategorischer Ausspruch, daß solche Gesellschaften durch Gewalthaber verwaltet werden, ist unzweifelhaft dahin zu verstehen, daß eine derartige Einrichtung nicht nur gewöhnlich, sondern nothwendig sei. In der bisher behandelten Besonderheit liegt zugleich einer der wesentlichsten Unterschiede der Actiengesellschaft von einer gewöhnlichen Sozietät, in welcher zwar auch die Leitung der Sozietätsangelegenheiten in Folge des Gesellschaftsvertrages ausschließlich einer bestimmten Person übertragen sein kann, eine derartige Beliebung aber etwas rein Zufälliges ist, und an sich die sozietätsmäßigen Handlungen nach ihrer Beschaffenheit entweder von einem Einzelnen, den es gerade trifft, oder von allen insgesammt ausgehen.

Es wird übrigens, wie bereits erwähnt, im Leben nicht leicht der Fall vorkommen, daß einer Gesellschaft, welche den Charakter eines Actienvereins beansprucht, dieser um deßwillen abgesprochen werden müßte, weil ihr die dazu erforderliche Organisation abgehe; vielmehr pflegt in den Statuten die Vertretung der Gesellschaft, als wovon praktisch deren glückliches Gedeihen wesentlich abhängt, mit besonderer Ausführlichkeit festgesetzt zu sein. Im Einzelnen finden sich

darüber sehr verschiedenartige Bestimmungen. Die Leitung der laufenden Angelegenheiten ist regelmäßig einem s. g. Vorstande übertragen, welcher eine einzelne physische Person sein oder aus mehreren Personen bestehen kann. Im letzteren Falle haben die Mehreren entweder in der Art eines Collegiums zu handeln, so daß nur ihr gemeinschaftlicher Beschluß als Beschluß des Vorstandes und folgeweise der Gesellschaft gilt, oder die Leitung der Angelegenheiten ist unter sie nach einzelnen Zweigen vertheilt, so daß jeder in dem ihm überwiesenen Gebiete allein und ausschließlich handelt. Neben dem Vorstande kommt häufig eine kontrolirende und in wichtigeren Fällen auch begutachtende Behörde vor, während die oberste Kontrole und die Entscheidung der wichtigsten Fragen, wie namentlich der Erneuerung oder Auflösung der Gesellschaft, der Ausdehnung oder Einschränkung derselben und dergl. einer Generalversammlung aller Actionäre vorbehalten zu werden pflegt. Die verschiedenen Behörden der Gesellschaft werden gewöhnlich von dieser selbst gewählt; doch kommt es auch vor, daß die ursprünglichen Proponenten sich das Directorium für bestimmte oder unbestimmte Zeit ausbedingen, oder daß der Vorstand wenigstens nur durch Selbstwahl erneuert werden soll. Die Behörden einer Actiengesellschaft werden gewöhnlich aus der Mitte der Actionäre genommen, wie dieß namentlich bei kontrolirenden Ausschüssen als durch ihren Zweck geboten erscheint, während die Stelle des eigentlich administrirenden Vorstandes öfters auch einem Fremden übertragen wird. Die Wahl der untergeordneten Beamten ist regelmäßig dem Vorstande überlassen, mit oder ohne Bestätigungsrecht des Ausschusses. Die rechtliche Stellung solcher Hülfspersonen und die Beantwortung der Frage, in wie weit sie durch ihre Handlungen die Gesellschaft berechtigen und verpflichten, ergibt sich aus den ihnen ertheilten Aufträgen und aus dem allgemeinen Charakter des Verhältnisses, in welchem sie stehen; die Stellung eines Kassirers, eines Commis, eines Reisenden, eines als Institor für einen bestimmten, meistens gänzlich abgegränzten Geschäftszweig bestellten Agenten bietet bei Actiengesellschaften durchaus nichts Besonderes dar. Einer spezielleren Betrachtung bedarf nur noch das Verhältniß der selbstständigen, die Actiengesellschaft vertretenden Behörden. Solche sind, wie oben zu zeigen versucht wurde, zu dem Wesen derselben zwar unentbehrlich, aber nicht wie bei einem blos künstlichen Rechtssubjecte, um diesem die seiner Natur nach ihm abgehende

Willensfähigkeit künstlich zu verschaffen, sondern nur um mehreren physischen Rechtssubjecten hinsichtlich bestimmter Unternehmungen einen von ihrem sonstigen rechtlichen Willen formell unterscheidbaren Gesammtwillen beilegen zu können. Die Vorsteher einer Actiengesellschaft stehen also zu dieser oder zu den einzelnen Actionären nicht in dem Verhältnisse, wie der Beamte einer juristischen Person zu dieser oder den unter ihr begriffenen physischen Personen, sondern sie haben nur einen ihnen gewordenen Auftrag zu vollziehen, der freilich regelmäßig nur in sehr allgemeinen Umrissen bestimmt zu sein pflegt, auch jedenfalls wegen der gegenseitigen Verbindlichkeiten der einzelnen Actionäre nicht willkührlich durch einen derselben für seinen Antheil und vielleicht selbst wegen besonderer Verabredung nicht durch alle zusammen frei widerrufen werden darf, der aber dessenungeachtet seiner rechtlichen Natur nach doch immer nur ein Auftrag bleibt. Das französische Recht spricht ausdrücklich aus, daß die Verwalter einer Actiengesellschaft bloße Gewalthaber sind [23]). Diesen Charakter von Mandatarien haben gleichmäßig die wirklich administrirenden, wie die blos kontrolirenden oder begutachtenden Behörden einer Actiengesellschaft; auch die letzteren sind nach Maaßgabe dieses Verhältnisses ihren Auftraggebern für ordnungsmäßigen Vollzug des ihnen gewordenen und von ihnen angenommenen Auftrags verantwortlich. Zu welchen Handlungen dieser sie verpflichtet, ist zunächst aus seinem speciellen Inhalte zu entnehmen, und wenn derselbe nicht hinlänglich klar ist, nach billigen Rücksichten zu bestimmen, wobei die römischen Vorschriften über nicht administrirende Tutoren einen, wiewohl nur mit Vorsicht zu benutzenden Maaßstab an die Hand geben können. Jedenfalls haften sie wegen eingetretenen Verschuldens erst in zweiter Reihe, wenn der administrirende Vorstand den erlittenen Schaden nicht zu ersetzen vermag, in diesem Falle aber alle in culpa Befindlichen solidarisch [24]). Der eigentlich administrirende Vorstand einer Actiengesellschaft steht ganz in dem Verhältnisse eines Institor, und soweit also die Statuten über seine Berechtigung und Verpflichtung Zweifel übrig lassen, ist die nöthige Ergänzung aus den gesetzlichen Vorschriften über die rechtliche Stellung des Institor unter geeigneter Berücksichtigung der heutigen Geschäftsverhältnisse zu ent-

23) Code de commerce. Art. 31.

24) l. 60 §. 2 D. mand. 17. 1.

lehnen. Mehrere verwaltende Vorsteher haften natürlich, sofern sie alle in culpa sind, solidarisch.

Daß dem Vorstande einer Actiengesellschaft, namentlich dem administrirenden, häufig eine Besoldung bewilligt wird, in fixem Betrage oder auch, wenigstens zum Theile, in Prozenten des Reingewinnes bestehend, ändert sein Verhältniß als das eines Mandatars nicht, da unser heutiges Recht diese Modification des römischen Rechts allgemein anerkannt hat. Unverträglicher mit dem Charakter eines bloßen ihm gewordenen Mandats scheint die nicht selten vorkommende Beschränkung der Widerruflichkeit seiner Stellung. Es versteht sich von selbst, daß hier nicht die Unzulässigkeit des Widerrufs von Seiten einzelner Actionäre gemeint sein kann: denn diese geht aus der Verpflichtung derselben gegen die übrigen Actionäre hervor; und eben so wenig die Verbindlichkeit der Gesellschaft, einem besoldeten Vorstande, mit welchem für längere Zeit ein Vertrag abgeschlossen ist, für die ganze festgesetzte Zeit seinen Gehalt zu belassen oder ihn sonst zu entschädigen. Es handelt sich hier vielmehr nur um den auch bisweilen vorkommenden Fall, daß gewissen Personen, namentlich den ursprünglichen Proponenten, das Recht Vorsteher zu sein ausdrücklich vorbehalten ist. Es liegt in einer solchen Bestimmung unverkennbar eine sehr wesentliche Modifikation des reinen Vollmachtvertrages; gleichwohl ist dieser auch hier als die Grundlage des ganzen Verhältnisses zu betrachten; namentlich sind aus diesem Gesichtspunkte die Rechte und Pflichten der Vorsteher zu beurtheilen, welche nicht als Führer eines eigenen Geschäftes, bei welchem sich dritte Personen etwa in der Art von Commanditisten betheiligt hätten, angesehen werden können. Auch ist die Unwiderruflichkeit der Stellung eines solchen Vorstandes nicht so zu verstehen, als könne er schlechthin nicht entfernt werden; sondern durch den fraglichen Vorbehalt ist nur die freie durch keinen Grund motivirte Widerruflichkeit ausgeschlossen; wegen beharrlichen pflichtwidrigen Benehmens können auch solche Vorsteher von ihrer Stelle entfernt werden, und zwar selbst dann, wenn ihnen ausdrücklich auch für diesen Fall Unwiderruflichkeit zugesichert wäre; eine solche Verabredung müßte als dem Wesen des Mandats geradezu widersprechend betrachtet werden und deßhalb unberücksichtigt bleiben [25]). Da aber in dem vor-

25) Vergl. Pardessus a. a. O. p. 246.

ausgesetzten Falle das Verbleiben der Verwaltung in den Händen bestimmter Personen zugleich als eine Klausel des Grundvertrages der Gesellschaft erscheint, kann aus Rücksicht auf die Actionäre die Absetzung der Vorsteher nur durch einen solchen Beschluß beantragt werden, wie er nach den Statuten in Sachen dieser Kategorie erforderlich ist.

Wo die Vorsteher der Actiengesellschaft durch Wahl und zwar aus der Mitte der Actionäre ernannt werden, ist, abgesehen von einer anderweitigen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Uebereinkunft, Niemand verpflichtet, die auf ihn fallende Wahl anzunehmen; denn wenn auch eine Actiengesellschaft einen Vorsteher haben, und dieser nach bestimmten Statuten ein Actionär sein muß, so genügt dieß doch noch nicht zu dem Schlusse: durch den Eintritt in die Gesellschaft habe jeder die eventuelle Verbindlichkeit übernommen, selbst Vorsteher zu werden, wenn ihn die Wahl seiner Genossen dazu berufe. Wer das Geschäft eines Vorstandes freiwillig übernommen hat, kann dasselbe nach den allgemeinen Grundsätzen über das Mandat zu jeder passenden Zeit wieder niederlegen, sofern er sich nicht für eine bestimmte Zeit zur Fortführung desselben verbindlich gemacht hat. Eine solche Uebernahme des Geschäftes auf eine bestimmte Zeitdauer wird schon darin gefunden werden müssen, daß Jemand bei einer Gesellschaft, welche statutenmäßig ihren Vorstand für gewisse Perioden wählt, die auf ihn gefallene Wahl unbedingt annimmt; er muß dann für die ganze Periode Vorstand bleiben.

Ueber den Grad der Sorgsamkeit, welchen der Vorsteher auf Gesellschaftsangelegenheiten zu verwenden schuldig ist, herrschen verschiedene Ansichten. Die Frage bezieht sich gleichmäßig auf administrirende, wie auf bloß kontrolirende Behörden, für jede hinsichtlich des ihr überwiesenen Geschäftskreises; hingegen wird bei ihrer Verantwortung wegen des bekannten Satzes des römischen Rechtes, daß ein socius in Verwaltung von Sozietätsangelegenheiten stets nur diligentiam quam quis in suis rebus adhibere solet zu prästiren hat, häufig ein Unterschied gemacht, ob der Vorstand ein Fremder oder einer der Actionäre ist; der letztere soll nur für s. g. diligentia in concreto einzustehen haben, während der erstere, wie ein gewöhnlicher Mandatar, für omnis culpa hafte [26]). Mir scheint eine der-

26) Pöhls a. a. O. S. 190 ff.

artige Unterscheidung nicht begründet. Die Actiengesellschaft paßt nur unter die allgemeinsten Umrisse, welche das römische Recht von einer societas entwirft; und es ist darum immer bedenklich, irgend einen bei dieser geltenden Rechtssatz auch bei jener anzuwenden, sofern er nicht aus der allgemeinen Natur der societas, als eines Vergemeinschaftlichung bezweckenden und schlechthin auf Gegenseitigkeit beruhenden Vertrages, mit Nothwendigkeit hervorgeht. Es wird aber nicht geläugnet werden können, daß die beschränkte Verantwortlichkeit der socii unter einander eine positive Eigenthümlichkeit des römischen Rechtes ist, zu deren Annahme ohne direkte Gesetzesaussprüche wir uns nimmermehr für berechtigt erachten würden. Ja es wird sogar die Quelle mit ziemlicher Sicherheit angegeben werden können, aus welcher jene positive Bestimmung des römischen Rechtes floß; es ist die Auffassung der Sozietät als eines die Individualitäten der Kontrahenten auf das genaueste berücksichtigenden Vertrags. Es erscheint billig, daß man von einer Person, mit welcher man sich unter besonderer Berücksichtigung ihrer individuellen Art in eine enge Verbindung einließ, in Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten keine weitere Sorgfalt verlangt, als sie nach ihrer individuellen Art in ihren eigenen Geschäften anzuwenden pflegt. Bei unserer Actiengesellschaft müssen mit der Auffassung, daß sie eine besonders enge, individuelle Verbindung bewirken, auch die Folgen dieser Auffassung wegfallen. Dazu kommt, daß die Bestellung eines socius als Mandatars der übrigen in der römischen societas etwas rein Zufälliges ist und also bei einem Zusammentreffen der beiden Eigenschaften eines socius und eines Mandatars in einer und derselben Person die erstere ganz füglich als die überwiegende betrachtet werden konnte, so daß sich nach ihr die rechtliche Stellung der fraglichen Person bestimmte. Bei unserer Actiengesellschaft ist die Bestellung eines für die Gesammtheit handelnden Mandatars eine Nothwendigkeit, und bei der Berufung eines Actionärs zum Verwalter der Gesellschaftsangelegenheiten wird darum auch seine Eigenschaft als Mandatar wesentlich in Betracht zu ziehen sein. Auch glaube ich, daß die in sehr vielen Statuten sich findende Vorschrift, der Vorstand solle aus der Mitte der Actionäre genommen werden, lediglich eine größere Sicherheit der Gesellschafter bezweckt, welche Absicht schlecht erreicht werden würde, wenn man einen solchen Vorstand in geringerem Grade verantwortlich machte, als einen

Fremden. Endlich wird nach der gegnerischen Ansicht der Grad der von dem Vorstande einer Actiengesellschaft zu prästirenden Sorgfalt häufig einem steten Wechsel unterworfen und von einem für die Actionäre rein zufälligen Umstande abhängig sein. Wenn nämlich nach den Statuten auch ein Fremder Vorstand werden kann, so ist es möglich, daß dieser zeitweise Actien besitzt, zeitweise nicht, also bald nur diligentiam in concreto zu prästiren, bald für omnis culpa einzustehen hätte. Ob er Actien besitzt oder nicht, kann, wenn dieselben auf den Inhaber gestellt sind, Niemand wissen, und in dem Erwerbe oder der Veräußerung derselben durch den Vorstand läge an sich durchaus keine Arglist desselben gegen die Actionäre.

Umgekehrt ist auch die Verpflichtung der Actionäre gegen den Vorstand im Zweifel ganz nach den über das Mandat geltenden Grundsätzen zu beurtheilen, nur daß nicht wegen des gemeinschaftlich ertheilten Auftrages jeder der Actionäre in solidum haftet; denn jede Solidarität der Verbindlichkeiten der Actionäre ist etwas dem Actienvereine Fremdes, bei welchem es im Gegentheile charakteristisch ist, daß jeder nur bis zu einem ganz fest bestimmten, in keiner Weise zu überschreitenden Betrage haftet, wie gleich unten (§. 9) weiter ausgeführt werden wird. — Auch wenn der Vorstand selbst Actionär ist, kann er von den übrigen Actionären den in Gesellschaftsangelegenheiten von ihm gemachten Aufwand doch nur in so weit ersetzt verlangen, als ein Mandatar dazu befugt ist, und die Vorschrift des römischen Rechts, daß ein socius von seinen Genossen pro rata Vergütung des Schadens beanspruchen kann, den er bei Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten durch reinen Zufall erlitt, wird auf den Vorsteher einer Actiengesellschaft, selbst wenn er zugleich Actionär ist, nicht anzuwenden sein [27]). Denn unter den beiden, einem solchen Vorsteher zukommenden, Eigenschaften eines Gesellschafters und eines Mandatars ist, wie oben zu zeigen versucht wurde, die letztere die bei weitem überwiegende, welche seine ganze rechtliche Stellung als Vorstand wesentlich charakterisirt.

§. 9. **Verbindlichkeiten der Actionäre.**

Wer in eine Actiengesellschaft eintritt, verpflichtet sich dadurch, bestimmte Beiträge zu dem gemeinschaftlich auszuführenden Unternehmen zu leisten, wogegen er zu einer verhältnißmäßigen Theil-

27) l. 52. §. 4. pro socio. 17. 2. vergl. l. 26. §. 6. mand. 17. 1.

nahme an den möglicher Weise sehr verschiedenartigen Vortheilen berechtigt wird, welche für die Actionäre aus ihrer Verbindung entspringen. Die einfachste und regelmäßigste Art der Betheiligung an einer Actiengesellschaft ist die durch Einschießen von Geld, sei es durch ein auf einmal oder ratenweise einzuzahlendes Kapital, sei es, wie bei gegenseitigen Versicherungsgesellschaften, durch bestimmte Prozente eines nicht selbst einzuwerfenden Kapitals, die terminweise so lange zu entrichten sind, als die Mitgliedschaft in der Gesellschaft dauert. Uebrigens braucht die Betheiligung an einem Actienvereine nicht rechtlich nothwendig durch Beiträge von baarem Gelde zu geschehen, sondern es kann auch statt dessen Geldeswerth geleistet werden. So unterliegt es keinem Bedenken, daß mit Zustimmung der übrigen Actionäre statt baaren Geldes Forderungen eingebracht werden können, sei es durch Cession oder Delegation; und ebenso ist auch das Zubringen körperlicher Sachen zu gestatten, sei es daß das Eigenthum oder ein dingliches Recht an denselben der Gesellschaft abgetreten, sei es daß ihr nur der Gebrauch überlassen wird; nur darf in dem letzten Falle nicht übersehen werden, daß der zufällige Untergang der zum bloßen Gebrauche überlassenen Sache ausschließlich deren Eigenthümer trifft, und daß dieser, wenn seine Betheiligung an der Gesellschaft lediglich in der Gebrauchsüberlassung bestand, durch den Untergang der Sache aufhört, Mitglied der Gesellschaft zu sein; denn er leistet von jetzt an nichts mehr, kann also auch bei der das ganze Verhältniß beherrschenden strengen Gegenseitigkeit keine Gegenleistung mehr beanspruchen [28]). Nicht so einfach ist die Beantwortung der Frage, ob die Betheiligung an einer Actiengesellschaft auch bloß durch zu leistende Dienste geschehen kann. Die Schwierigkeit besteht darin, daß, wie weiter unten noch näher ausgeführt werden wird, die Mitgliedschaft in einer Actiengesellschaft nicht ausschließlich auf die ursprünglichen Mitglieder beschränkt ist, sondern, wenn man selbst von der regelmäßig Statt findenden Uebertragbarkeit der Actien unter Lebenden absieht, jedenfalls die Rechte und Pflichten eines Actionärs auf seine Erben übergehen. Diesen wird es aber häufig nicht möglich sein, Dienste in der Art zu prästiren, wie ihr Erblasser sie zu leisten vermochte. Es scheint deßhalb mit der Natur einer Actiengesellschaft unverträglich,

---

28) Vergl. l. 58 pr. pro socio 17. 2.

daß eine Betheiligung an ihr lediglich auf die Leistung von Diensten gebaut werde, welche mit persönlichen Eigenschaften des Leistenden zusammenhängen; hingegen steht rechtlich nichts im Wege, daß man durch Versprechen anderer Dienste, welche durch jeden geleistet werden können und sich wesentlich nur nach dem Maße bestimmen, sich an einer Actiengesellschaft betheilige. Faktisch wird freilich eine derartige Kombination, welche die Verhältnisse jedenfalls sehr viel verwickelter macht, nicht leicht vorkommen; übrigens dürften sich doch einzelne Beispiele finden lassen, und für eine badische Kinzigthalbahn ist eine derartige Zusammensetzung einer Actiengesellschaft sogar in sehr großartigem Maaßstabe projektirt [29]). Es versteht sich übrigens von selbst, daß die von einem Actionäre zu leistenden Dienste, welcher sich durch solche bei einer Actiengesellschaft betheiligen will, dem Maaß und Werthe nach genau bestimmt sein müssen, da es zu den wesentlichen Erfordernissen eines Actienvereins gehört, daß die Verbindlichkeit eines jeden Mitgliedes von Anfang an bestimmt festgesetzt sei. Auch durch Ueberlassung von Berechtigungen an einen Actienverein kann man Mitglied des letztern werden, indem man ihm z. B. die Ausbeutung eines Erfindungspatentes oder irgend eines andern Monopoles überläßt; und gerade diese Betheiligung dürfte, außer der regelmäßigen durch baares Geld, im Leben noch am ehesten vorkommen. Uebrigens ist in allen solchen Fällen wohl zu unterscheiden, ob durch Einbringen von Geldeswerth in die Gesellschaft Jemand wirklich Actionär geworden ist, oder ob er mit der Gesellschaft als ein Dritter kontrahirte, indem er derselben eine Berechtigung überließ oder Verpflichtungen gegen sie übernahm und sich dagegen als Gegenleistung bestimmte Prozente von dem etwaigen Gewinne der Gesellschaft ausbedang, welche so festgesetzt sein können, als besäße er eine gewisse Anzahl von Actien. Wenn das Gesellschaftsvermögen nicht ausschließlich durch Beiträge von baarem Gelde zusammengebracht wird, sind dritte Personen, welche sich mit der Gesellschaft in Geschäfte einlassen, leicht gefährlichen Täuschungen ausgesetzt, indem die Actionäre die nicht in baarem Gelde geleisteten Beiträge zu hoch anschlagen und dadurch das Gesellschaftsvermögen überhaupt höher ansetzen können, als es wirklich ist. Sofern sie dabei der Vorwurf

---

29) **Denkschrift über d. Kinzigthal-Konstanzer Eisenb. v. J. Banotti u. H. Huber.**

einer widerrechtlichen Täuschung oder Verheimlichung trifft, indem sie z. B. dritten Kontrahenten nur den angeblichen Betrag des Gesellschaftskapitals mittheilten, ohne denselben Gelegenheit zu geben, die unsichere Berechnungsweise dieses Kapitals zu erfahren, haben sie solchen dritten Personen für den ihnen veranlaßten Schaden einzustehen. Es versteht sich von selbst, daß auch diejenigen, welche andere Werthobjekte als baares Geld beizusteuern sich verpflichteten, die versprochenen Leistungen im Falle der Insolvenz der Gesellschaft vollständig zu Gunsten der Gläubiger prästiren müssen; sie müssen also die versprochene Gebrauchsüberlassung einer Sache für die verabredete Zeit den Gläubigern einräumen, das versprochene Maaß von Diensten diesen leisten, wenn sie es begehren, u. s. w.

Das Kapital, mit welchem eine Actiengesellschaft das von ihr beabsichtigte Unternehmen betreiben will, wird gewöhnlich in gleiche Theile zerlegt, so daß jedes ihrer Mitglieder einen oder mehrere dieser Theile einzuschießen sich verpflichtet. Eine rechtliche Bedeutung kommt diesem Zerlegen des zusammenzubringenden Kapitals in gleiche Theile an sich nicht zu; in manchen Gesellschaften gibt es Actien verschiedener Größe, wie z. B. im deutschen Phönix in Frankfurt a. M. (Stat. §. 12), bei welchem ganze, halbe und viertel Actien vorkommen, und streng genommen läßt sich in jeder Gesellschaft, selbst wenn die Mitgliedschaft in derselben auf Beiträgen der allerverschiedenartigsten Größe beruhen kann, doch immer noch eine, nur vielleicht sehr klein anzusetzende Einheit finden, zu welcher alle vorkommenden Betheiligungen, so verschieden auch ihr Werth sein mag, sich nur als Vervielfachungen mit ganzen Zahlen verhalten, so daß sich in diesem Sinne von jeder Actiengesellschaft sagen ließe, sie beruhe auf einer sich stets gleich bleibenden Einheit, welche für alle möglichen Betheiligungen in dem Vereine als Basis diene. Die Aufstellung einer solchen einheitlichen Basis hat nun das Interesse, daß diese Einheit der Gesellschaft gegenüber nicht mehr weiter getheilt werden soll; d. h. die Mitgliedschaft in der Actiengesellschaft, die darin enthaltenen Rechte und Pflichten, können, was die Beziehungen ihres Subjekts zu der Gesellschaft anbelangt, weder unter Lebenden noch von Todes wegen getheilt auf andere Personen übergehen. Dieser weiter unten (§. 11) noch näher zu beleuchtende Rechtssatz hängt aber nicht nothwendig damit zusammen, daß eine bestimmte sich stets gleich bleibende Einheit als Basis der möglichen Betheiligungen an

einer Actiengesellschaft aufgestellt sei, sondern er kann in ganz gleicher Weise auch bei einer solchen Gesellschaft vorkommen, bei welcher Betheiligungen mit den verschiedensten, nicht in einfachen Quotenverhältnissen zu einander stehenden Beträgen zulässig sind; nur wird er im ersten Falle auch ohne ausdrückliche Sanction durch die Statuten als nach der eigenthümlichen Art der Aufbringung des Actienkapitals sich von selbst verstehend anzunehmen sein, was im zweiten Falle sich anders verhält.

Jeder einzelne Actionär braucht nur dasjenige zu erfüllen, was er speziell zu leisten versprochen hat; er verpflichtet sich nur zur Prästation einer in jeder Beziehung bestimmten Leistung und ist nicht verpflichtet, irgend Jemanden gegenüber für die Erfüllung der den übrigen Gesellschaftern obliegenden Verbindlichkeiten solidarisch einzustehen. Denn der allgemeine Grundsatz des Obligationenrechts, daß Mehrere, welche sich gemeinschaftlich in ein Kontraktsverhältniß einließen, dem dritten Kontrahenten solidarisch haften, obgleich das Verhältniß auf jeden nur pro rata sich bezieht, kann auf die Actiengesellschaft nicht angewendet werden; in ihr übernimmt jeder einzelne Gesellschafter von vorn herein nur für sich allein eine bestimmte Verbindlichkeit, und verpflichtet sich nicht, gemeinschaftlich mit den andern die ganze erforderliche Summe zusammenzubringen. Dieser Ausschluß der Solidarität gilt selbst hinsichtlich derjenigen Verbindlichkeiten, welche aus dem gemeinsam dem Vorstande ertheilten Mandate diesem gegenüber für die einzelnen Actionäre möglicher Weise entstehen können; denn wenn auch seine Ernennung eine gemeinschaftliche ist, so kann doch daraus noch nicht auf eine gemeinsame, die Einzelnen solidarisch treffende Pflicht der Actionäre zur Schadloshaltung ihres Vorstandes geschlossen werden. Da nämlich die Actiengesellschaft ihrer rechtlichen Natur nach formell als ein besonderes, selbstständiges Rechtssubject gilt, auf welches alle materiell den einzelnen Actionären obliegenden Verbindlichkeiten bezogen werden, und dessen zu ihrer Erfüllung bestimmtes, auf einer Fiction beruhendes Vermögen aus den von den einzelnen Actionären zu leistenden Beiträgen besteht: so können alle Verpflichtungen der Gesammtheit, ihr Entstehungsgrund und ihre Entstehungsart seien welche sie wollen, doch immer nur in so weit als Verbindlichkeiten der Einzelnen erscheinen, als diese zur gemeinschaftlichen Kasse beizutragen sich verpflichtet haben. Von ihnen hat aber ursprünglich

jeder nur für sich eine bestimmte einzelne Leistung, und es haben nicht alle zusammen das Ganze zu prästiren versprochen. Es bedarf hiernach keiner weiteren Auseinandersetzung mehr, daß der Satz des römischen Rechts, wornach mehrere socii aus den Handlungen ihres gemeinschaftlichen Institor dritten Kontrahenten solidarisch haften, auf unsere Actiengesellschaft unanwendbar ist, zumal da dieser Satz selbst nur aus der solidarischen Haft der mehreren socii ihrem gemeinschaftlichen Institor gegenüber hervorgeht. Mit diesem Satze fallen in unserer Gesellschaft auch seine Folgen weg. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß nach den entwickelten Gründen jede Solidarität in der Haftung der Actionäre auch in dem Falle ausgeschlossen ist, wenn nach den vorliegenden Verhältnissen zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger die versprochenen Beiträge noch nicht voll eingezahlt zu werden brauchen, und demgemäß der Einzelne möglicher Weise solidarisch belangt werden könnte, ohne daß dadurch das Maaß der von ihm versprochenen Leistungen überhaupt überschritten würde. Ja es haben sogar die für die Ausschließung der Solidarität angeführten Gründe nur für diesen Fall ein praktisches Interesse, da unter der entgegengesetzten Voraussetzung ein solidarisches Haften schon dadurch ausgeschlossen ist, daß jeder Actionär höchstens nur bis zum Belaufe der ganzen von ihm versprochenen Leistung einzustehen hat. Durch ausdrückliche Uebereinkunft können natürlich Abweichungen von den vorgetragenen Grundsätzen beliebt werden, und so haften z. B. nach den Stat. der badischen Schifffahrts-Assekuranz-Gesellsch. zu Mannheim (Art. 6) sämmtliche Actionäre für den durch Zahlungsverweigerung eines Einzelnen entstehenden Ausfall, jeder nach Verhältniß der Größe seiner Betheiligung in der Gesellschaft. Da dieser besonderen Haftung eine Beschränkung nicht beigefügt ist, muß sie wohl so verstanden werden, daß in dieser Weise der Einzelne auch über den Nominalbetrag der von ihm besessenen Actien haftet, freilich nicht unbedingt bis zum vollen Betrage der Gesellschaftsverbindlichkeiten, sondern auch pro rata bis zur vollen Einzahlung des ursprünglich festgesetzten Gesammtkapitals und vorbehaltlich des Rückgriffs auf den säumigen Actionär.

Die Leistung, zu welcher sich jeder Actionär durch seinen Eintritt in die Gesellschaft verpflichtet, braucht in den bei weitem seltensten Fällen sogleich erfüllt zu werden. Selbst in den Fällen, in welchen es von Anfang an gewiß ist, daß zu der Ausführung des

gemeinsamen Unternehmens alle versprochenen Leistungen werden vollständig prästirt (alle Actien voll eingezahlt) werden müssen, sind doch in der Regel feste Termine für ratenweise Einzahlungen festgesetzt, sei es daß absolut bestimmte Zeitpunkte dafür ausgemacht sind, oder daß dem Vorstande überlassen bleibt, die Zeit zur Einzahlung zu bestimmen, jedoch so, daß die Actionäre erst in einer gewissen Frist nach der ordnungsmäßigen Aufforderung zu zahlen haben. Ist in keiner Weise ein bestimmter Zahlungstag verabredet, so muß der Actionär seine übernommene Verbindlichkeit alsbald nach gehöriger Aufforderung erfüllen, widrigenfalls ihn, sofern ihm keine genügenden Entschuldigungsgründe zur Seite stehen, die gewöhnlichen Folgen der mora treffen; in den meisten Statuten ist aber ausdrücklich festgesetzt, daß persönliche Interpellation nicht nöthig sei, sondern daß es an einer Aufforderung in öffentlichen Blättern, die bisweilen schon zum Voraus bezeichnet werden, genügen solle. War ein bestimmter Zahlungstag festgesetzt, so treten die Folgen der mora durch Ablauf desselben, ohne daß die Zahlung erfolgte, von selbst ein nach der freilich bestrittenen Regel: dies interpellat pro homine [30]). In manchen Gesellschaften, wie z. B. bei Assekuranzkompagnien, bei Banken u. s. w. ist es nach der Natur des von ihnen betriebenen Geschäftes ungewiß, ob je das ganze gezeichnete Actienkapital nöthig sein wird, indem sie ihr Geschäft mit einem verhältnißmäßig kleinen Betriebskapitale führen und das Gesammtkapital nur dazu bestimmt ist, schlimmsten Falles zur Erfüllung der übernommenen, der Berechnung nach durch die laufenden Einnahmen zu bestreitenden Verbindlichkeiten zu dienen. In solchen Fällen werden natürlich die Actien nicht voll eingezahlt, um nicht den Actionären ihr Geld früher als nöthig zu entziehen und die Gesellschaft unnöthiger Weise mit der Verwaltung von Geldern zu belästigen, welche sie nicht bedarf. Für die richtige Einzahlung der versprochenen Summen, wenn dieselbe nöthig werden sollte, ist hier aber mit besonderer Vorsicht zu sorgen. Denn die hier nothwendig werdenden Nachzahlungen der Actionäre sind ein sprechender Beweis dafür, daß die Gesellschaft schlechte Geschäfte gemacht hat, und sie zerstören zugleich die Aussicht auf künftige Erholung, da, wenn die Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten einen Theil ihrer eigenen

---

30) Vergl. v. Vangerow, Pandekten. §. 588. III. S. 192.

Gelder bedarf, damit das Kapital, mit welchem sie garantirte, vermindert oder vielleicht nahezu aufgezehrt und ihr dadurch das Eingehen neuer Geschäfte erschwert oder geradezu unmöglich gemacht ist. Gewöhnlich stellt jeder Actionär einen Wechsel auf sich an die Gesellschaft aus, zahlbar in bestimmter Frist nach Präsentation, oder es werden auch Staatspapiere oder andere Werthesfecte in der Gesellschaftskasse hinterlegt, um als Sicherheit für die dereinstige rechtzeitige Zahlung zu dienen. Es liegt in einem solchen Verhältnisse durchaus nichts rechtlich besonders Auszuzeichnendes. Die Gesellschaft ist hier, wie in andern Fällen, unbedingt und definitiv abgeschlossen; alle Verbindlichkeit eines jeden einzelnen Actionärs gegen seine Genossen ist bestimmt; sie besteht darin, daß jeder gegen jeden andern verpflichtet ist, gemeinschaftlich mit ihm für die verabredeten Geschäfte die erforderlichen Gelder bis zu dem versprochenen Betrage herzugeben, einen bestimmten Theil alsbald baar, den Rest je nach Bedürfniß. Die causa debendi, aus welcher jeder einzelne Actionär sich als Schuldner jedes andern einzelnen, oder formell als Schuldner der wie ein einziges, besonderes Rechtssubject aufgefaßten Gesellschaft bekennt, ist eben der eingegangene Gesellschaftsvertrag. Der Umstand, daß es überhaupt ungewiß ist, ob je die ganze versprochene Leistung vollständig wird erfüllt werden müssen, macht das Rechtsverhältniß so wenig zu einem bedingten, als ein zwischen zwei einzelnen Personen abgeschlossenes sog. gewagtes Geschäft deßhalb als ein bedingtes betrachtet werden darf, weil es vielleicht noch von einem ungewissen, künftigen Ereignisse abhängt, ob der eine, der einstweilen nur eine Forderung hat, auch zu einer Gegenleistung verpflichtet sein wird. Ungewiß ist in solchen Fällen nicht das Bestehen der Obligation: diese existirt nach ihrem speziellen Inhalte definitiv; sondern nur das ist noch nicht entschieden, ob Gewinn oder Verlust das endliche Resultat des Geschäftes sein wird. Durch die Suspension der Entscheidung dieser Frage, welche nach der besonderen Natur der hier vorausgesetzten Actiengesellschaften mit der andern Frage zusammentrifft, ob die einzelnen Actien je voll werden eingezahlt werden müssen, ist aber weder das Rechtsverhältniß unter den Actionären, noch sind ihre Obligationen mit dritten Personen auf suspensive Weise bedingt, sondern nur das endliche Resultat ist noch ungewiß, wie so ziemlich bei jedem Geschäfte. Diese Ungewißheit äußert sich hier nur factisch in etwas anderer

Weise, als wenn mit dem Gesellschaftskapitale andere Werthobjecte angeschafft werden, und Gewinn oder Verlust davon abhängen, wie diese Werthobjecte wieder veräußert, oder wie vortheilhaft sie gebraucht werden können. Nicht einmal hinsichtlich eines von Seiten des Vorstandes zu liefernden Nachweises über die Nothwendigkeit der geforderten Nachzahlungen entscheiden in dem hervorgehobenen Falle andere, als die überhaupt über diesen Punkt geltenden Grundsätze. Der Vorstand macht weder in dem einen noch in dem anderen Falle ein selbstständiges Forderungsrecht geltend, dessen factische Voraussetzungen er zu beweisen hätte, sondern er übt nur die Rechte aus, welche die Actionäre sich gegenseitig eingeräumt haben im Namen und aus Auftrag derselben, so daß es sich nur um seine Legitimation und darum handelt, ob die Rechte, welche er als Rechte der Actionäre ausüben will, in der behaupteten Weise durch den Gesellschaftsvertrag begründet sind. Was den ersten Punkt betrifft, so ist im Zweifel, sofern nicht die Statuten ausdrücklich ein anderes anordnen, der Vorstand immer befugt, die gehörigen Nachzahlungen von den einzelnen Actionären zu verlangen, ohne dabei an besondere Förmlichkeiten gebunden zu sein. Er braucht sich also bei Einforderung von Nachzahlungen nicht auf einen besonderen, etwa durch den kontrolirenden Ausschuß oder gar die Generalversammlung genehmigten Rechenschaftsbericht zu stützen. Doch ist in manchen Gesellschaften, bei welchen, wie z. B. bei Assekuranzkompagnien, die volle Einzahlung von Anfang an nicht beabsichtigt war (und ihr Nöthigwerden beweist, daß die Geschäfte unglücklich abliefen) häufig der Vorstand ganz zweckmäßiger Weise an derartige Förmlichkeiten gebunden, um jedem einzelnen Actionäre, welcher die verlangte Nachzahlung, als gewöhnlich verloren, nur ungern leisten wird, gleich die persönliche Ueberzeugung zu verschaffen, die wenn auch unwillkommene Nachzahlung sei eine Nothwendigkeit. Ueber das gegenseitige Recht der einzelnen Actionäre, die Einzahlungen von einander zu fordern, welches der Vorstand in ihrem Namen ausübt, entscheiden vor allen Dingen die über dieses Recht, resp. über die ihm gegenüberstehende Verbindlichkeit in den Statuten festgestellten Grundsätze, so daß also z. B. jedenfalls die dort festgesetzten Zahlungsfristen einzuhalten sind. Ist die Bestimmung der Zeit der Nachzahlung dem Ermessen des Vorstandes überlassen, so ist dieser in Gesellschaften aller Art, die volle Einzahlung sei von Anfang an

gewiß oder nicht, doch immer nur befugt, die Einschüsse der Actionäre bis zu dem Betrage zu verlangen, welchen die Lage der Gesellschaft gerade nöthig macht; denn weiter sind die Gesellschafter selbst unter einander nicht berechtigt, resp. verpflichtet; keiner braucht sein Geld früher als nöthig in die Gesellschaftskasse einzuwerfen, um es müßig liegen oder einstweilen zu einem andern, als dem eigentlichen Gesellschaftszwecke verwenden zu lassen. Die durch den Vorstand erhobene Interpellation, Einzahlungen zu leisten, ist also abgesehen von besonderen Statuten immer giltig, auch wenn sie sich nicht auf einen Rechenschaftsbericht stützt; wer ihr nicht nachkommt, macht sich dadurch einer mora schuldig. Kommt es aber wegen fortgesetzter Zahlungsverweigerung zu einem Rechtsstreit, so kann der Säumige freilich nur dann verurtheilt werden, die Zahlung zu leisten und die Folgen der mora zu tragen, wenn ihm bewiesen wird, die Nachzahlung sei damals, als sie verlangt wurde, nothwendig oder durch besondere Statuten gerechtfertigt gewesen. — Die bisher dargestellten verschiedenen Modifikationen der Art, wie Actionäre zur Leistung des von ihnen versprochenen Beitrages verpflichtet sein können, pflegt man häufig als eben so viele mögliche Arten der Actien anzuführen. Man schließt sich damit an einen Sprachgebrauch des gemeinen Lebens an, welcher von Actien (d. h. hier von Betheiligungen in Actiengesellschaften hinsichtlich der dadurch entstehenden Verpflichtungen) redet, die alsbald, die ratenweise in vorausbestimmten oder erst noch zu bestimmenden Terminen, die nur eventuell zu zahlen seien ꝛc. Gegen eine solche Ausdrucksweise ist an sich nichts einzuwenden, wenn man sich dadurch nur nicht verleiten läßt, die Actie als einen selbstständigen Rechtsbegriff aufzufassen, aus welchem die rechtliche Stellung der einzelnen Personen abgeleitet werden könnte; vielmehr ist die einzige Quelle zur näheren Bestimmnng und Erklärung der Verpflichtungen der Actionäre immer nur der Gesellschaftsvertrag selbst.

Zur Sicherung, daß die von den einzelnen Actionären zu leistenden Einschüsse seiner Zeit richtig werden gezahlt werden, sind durch manche Statuten Konventionalstrafen auf die nicht rechtzeitige Zahlung gesetzt. Sofern diese in besonders hohen Verzugszinsen oder in einer bestimmten Summe Geldes bestehen, bieten sie bei Actiengesellschaften gar nichts Besonderes dar; hingegen kommen sie bei denselben öfters mit einem eigenthümlichen Inhalte vor, wie er

sonst in Verabredungen über Konventionalstrafen nicht aufgenommen zu werden pflegt. Es findet sich nämlich nicht selten die Bestimmung, es solle ein Actionär, welcher auf die statutenmäßig geschehene Aufforderung nicht längstens in dem ebenfalls statutenmäßig festgesetzten Zeitraume bezahlt habe, dadurch aller Rechte eines Actionärs verlustig sein; die bereits von ihm geleisteten Einschüsse verfallen der Gesellschaft, welcher gestattet wird, statt des ausgestoßenen Actionärs einen anderen aufzunehmen oder, wie es in den Statuten gewöhnlich mit andern Worten heißt, die heimgefallene Actie zu verkaufen auf Rechnung der Gesellschaft oder des säumigen Actionärs. Wo das erstere festgesetzt ist [31]), wird anzunehmen sein, der säumige Actionär sei durch sein Versäumniß ganz aus der Gesellschaft ausgeschieden, so daß er mit Einbuße seiner gemachten Einschüsse für die Zukunft weder Rechte noch Pflichten gegen die Gesellschaft habe; denn im Zweifel ist durch den Vollzug einer Konventionalstrafe die durch sie geschützte Verbindlichkeit als aufgehoben zu betrachten. Im zweiten Falle, wenn der Verkauf der verfallenen Actie auf Rechnung des säumigen Actionärs geschehen soll [32]), wird man hingegen im Zweifel annehmen müssen, der säumige Actionär habe zunächst nur seine Rechte aus der Actiengesellschaft, nicht die Mitgliedschaft in derselben überhaupt mit den daran hängenden Pflichten verlieren sollen. Da ihm nämlich zu Gute kommt, was aus der Veräußerung seiner Actie, (d. i. seines Mitgliedschaftsrechtes mit entsprechender Pflicht) mehr erlöst werden sollte, als die Gesellschaft an ihn zu fordern hat, so ist es nur billig, daß er auch für die Differenz einstehe, wenn sich ein Mindererlös ergibt, oder die ganze auf die Actie noch einzuschießende Summe zahle, wenn die Actie gar nicht veräußert werden kann. Hingegen ist es eine exorbitante, nicht zu vermuthende Bestimmung, wenn, wie durch die Statuten der Berl. Frankf. E. B. Gesellschaft a. a. O., dem säumigen Actionäre nicht nur auferlegt wird, für die Differenz bei einem etwaigen Minder-

---

31) Vergl. Stat. d. Schw. Nordbahngesellsch. §. 11. d. Baier. Eisenb.-Gesellsch. d. Ludwigsh.-Wormser Bahn §. 33. d. Baier. Eisenb.-Gesellsch. der Rheinsch.-Bexb. Bahn §. 33. der Leipz. Bahn §. 7 und 8.

32) Vergl. z. B. Stat. d. Berl.-Frankf. Eisenb.-Gesellsch. §. 9. d. Berl. Hagel-Assek.-Gesellschaft.

erlöse aus seiner Actie, sondern auch, nachdem dieselbe veräußert ist, noch für die richtige Zahlung der späteren Raten zu haften. Durch die Veräußerung einer heimgefallenen Actie nimmt die Gesellschaft freiwillig ein neues Mitglied auf, und es muß in diesem Acte an sich eine von der Gesellschaft selbst ausgehende Novation gefunden werden, durch welche sie an die Stelle eines seitherigen Mitgliedes ein neues rezipirt; eine Art Bürgschaft für dasselbe dem früheren, säumigen Actionäre aufzuerlegen, ist eine besondere Belästigung derselben, welche er sich nicht gefallen zu lassen braucht, wenn er nicht zuvor durch Anerkennung der sie ausdrücklich aussprechenden Statuten sich freiwillig ihr unterwarf. Noch weiter als die zitirten Statuten der Berl. Frankf. E. B. Gesellschaft gehen die des deutschen Phönix in Frankfurt a. M. (§. 22), welche dem säumigen Actionäre die Einbuße der bereits gemachten Einschüsse auferlegen, ihm alle Rechte aus der Gesellschaft entziehen, seine Actie für diese verkaufen und ihn für den ganzen Betrag der versprochenen Leistung noch kumulativ neben dem neu aufgenommenen Actionäre haften lassen. — Uebrigens ist die fragliche Pönalbestimmung im Zweifel immer als zum Besten der Gesellschaft beigefügt anzusehen, so daß es dem einzelnen Actionäre nicht frei steht, gegen Einbuße der bisher geleisteten Einschüsse ohne Weiteres aus der Gesellschaft auszuscheiden [33]), in deren Belieben es vielmehr steht, ob sie unter den gehörigen Voraussetzungen die Konventionalstrafe vollziehen oder den säumigen Actionär zur Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeiten anhalten will. — Die Natur der ganzen hier in Frage stehenden Nebenverabredung bei Actiengesellschaften als einer reinen Konventionalstrafe scheint nicht bezweifelt werden zu können, schon aus Rücksicht auf ihren höchst eigenthümlichen Inhalt, welcher sich deutlich als eine besonders beliebte Strafe wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung einer vertragsmäßig übernommenen Verbindlichkeit zu erkennen gibt, und nicht etwa blos als ausdrückliche Festsetzung der Folgen einer mora betrachtet werden kann, deren Anfangspunkt vertragsmäßig besonders bestimmt wäre. Es scheint mir daher nicht zu billigen, wenn Pöhls [34]) den Satz aufstellt: zur

---

34) Vergl. l. 71 pr. pro socio. 17. 2. v. Vangerow, Pandekten §. 614. III. S. 340.

35) a. a. O. S. 225 ffg.

Wirksamkeit der fraglichen Nebenverabredung werde vorausgesetzt, daß der säumige Actionär sich wirklich in mora befinde, und sie trete also namentlich nicht ein, wenn der Actionär aus Gründen in gutem Glauben die Zahlung überhaupt oder zu der bestimmten Zeit weigere [36]). Meiner Ansicht nach gibt es keinen Grund, warum die hier in Frage stehende Pönalstipulation nicht wie jede andere schon dadurch wirksam werden sollte, daß rein objectiv die verfallene Leistung nicht rechtzeitig erfüllt wird. Actiengesellschaften haben ein dringendes Interesse, daß in der Einzahlung der versprochenen Summen keine Verzögerung eintrete zum Nachtheile aller Betheiligten; ob diese Verzögerung lediglich durch ein doloses oder kulposes Benehmen des einzelnen Actionärs, oder durch vermeintliche Rechtsansprüche desselben veranlaßt wird, ist für die Gesellschaft hinsichtlich der daraus für sie entstehenden Unbequemlichkeiten ganz gleichgiltig. Das sicherste Mittel, um wo möglich jede nicht vollkommen rechtlich begründete Verzögerung zu beseitigen, ist die Verabredung einer wirksamen Konventionalstrafe, und wo eine solche Uebereinkunft getroffen ist, dürfen ihr nicht beschränktere Folgen beigelegt werden, als dieß die Natur der geschlossenen Verabredung mit sich bringt. Will der säumige Actionär den Vollzug der Konventionalstrafe sich nicht gefallen lassen und kommt es zum Prozesse, so versteht es sich von selbst, daß die Ausübung der Strafe unterbleiben muß, wenn er beweist, daß er die Zahlung aus einer im Recht vollkommen begründeten Ursache verweigert hatte. Für die hier vertheidigte Ansicht dürfte auch noch die Ausdrucksweise der Statuten sprechen, welche die fragliche Bestimmung enthalten. Sie gehen entschieden von der Ansicht aus, daß durch die Konventionalstrafe das Verfahren gegen den säumigen Actionär auf das höchste vereinfacht und jede Weitläufigkeit beseitigt werden soll, welche mit dem gewöhnlichen Rechtswege verbunden wäre. Die oben angeführten Statuten der beiden rheinbairischen Eisenbahn-Gesellschaften wollen zwar die Konventionalstrafe gegen einen gehörig entschuldigten Actionär nicht eintreten lassen, behalten aber die Entscheidung über die Hinlänglichkeit der vorgebrachten Entschuldigung ausschließlich dem freien Ermessen des Vorstandes, und in zweiter Instanz der Generalversammlung bevor, ohne irgend welche bestimmte Rechtssätze als

---

36) l. 21. 22. de usur. 22. 1.

Grundlage der zu gebenden Entscheidung anzuerkennen. Es ist also in diesen Statuten entschieden von der Ansicht ausgegangen, daß die Voraussetzung des angedrohten Präjudizes wie bei einer Konventionalstrafe durch den bloßen Umstand der nicht rechtzeitigen Leistung erfüllt sein soll; Entschuldigungen, welche das Vorhandensein einer mora rechtlich ausschließen würden, finden hier nur nach der Willkühr der Betheiligten aus Billigkeit eine Berücksichtigung.

Ein Actionär ist, so lange er die von ihm versprochene Leistung nicht vollständig prästirt hat (seine Actie nicht voll eingezahlt ist) seinen Genossen oder der Gesellschaft als Ganzes gegenüber zugleich berechtigt und verpflichtet; das erstere dadurch, daß das gemeinschaftlich betriebene Unternehmen schon entweder Erträgnisse abwirft, obgleich die einzelnen Actionäre noch nicht voll ihre versprochene Leistung gewährt haben, oder wenigstens für die Zukunft ein Vortheil gehofft wird, auf welchen jeder Actionär eventuell schon jetzt einen verhältnißmäßigen Anspruch hat. Durch dieses Verhältniß werden in dem Falle der Insolvenz eines Actionärs, die anerkanntermaßen nicht, wie bei der römischen Sozietät, eine Auflösung der ganzen Gesellschaft veranlaßt, eigenthümliche Verwickelungen herbeigeführt, indem gegen die bestimmte Schuld, welche dem Actionäre oder seiner Masse gegen die Gesellschaft obliegt, eine der Natur der Sache nach in ihrem Betrage ganz unbestimmbare, und oft selbst hinsichtlich ihrer Existenz ungewisse Forderung in Betracht kommt. Die Gläubigerschaft des insolvent gewordenen Actionärs kann nicht verlangen, daß eine dem Grade der Betheiligung desselben an der Actiengesellschaft entsprechende Quote von deren Vermögen nach seinem jetzigen Bestande als die Forderung angesehen werde, welche ihr Kridar an die Gesellschaft zu machen habe; denn dieß würde voraussetzen, daß die Insolvenz eines Actionärs ein Grund wäre, welcher die Actiengesellschaft von selbst oder auf Antrag der Gläubiger des Kridars rechtlich aufzulösen vermöchte. Dieß ist aber nicht der Fall. Es befindet sich vielmehr in der Konkursmasse ein seiner Natur nach dauerndes Obligationsverhältniß, welches den Kridar oder seine Masse zur Theilnahme an der Gesellschaft und dem möglicher Weise von ihr zu machenden Gewinne berechtigt, ihm dagegen aber die von jener Berechtigung untrennbare Verpflichtung auferlegt, die vertragsmäßigen Leistungen an die Gesellschaft zu prästiren. Dieses Obligationsverhältniß ist auf Gegenseitigkeit im strengsten Sinne des

Wortes gebaut, so daß es nicht nur nicht entstehen kann, ohne daß Recht und Pflicht auf Seiten beider Kontrahenten sich einander entgegentreten, sondern es kann ohne fortdauernde, der gegenseitigen Berechtigung entsprechende gegenseitige Leistung auch gar nicht als bestehend gedacht werden; ein Grundsatz, den schon das römische Recht in seiner Sozietät bei Bestimmung des Einflusses des casus auf dieselbe zur Anwendung gebracht hat. Die Gläubigerschaft eines in Konkurs gerathenen Actionärs kann sich also den Genuß der Vortheile, welche ihr Kridar als Actionär schon wirklich genießt oder noch erwartet, nur dadurch sichern, daß sie für gehörige Erfüllung aller dem Actionär gegen die Gesellschaft obliegenden Verbindlichkeiten Sorge trägt, und zwar muß dieß in der Weise geschehen, wie die Statuten der Gesellschaft es vorschreiben. Es kann demnach dieser gegenüber die Einheit, welche statutenmäßig als das geringste zulässige Maaß der Betheiligung gilt, nicht weiter getheilt werden. Derjenige, welcher statt des Kridars als Actionär erscheinen soll, und durch dessen Vermittelung die Gläubigerschaft sich die ihrem Kridare als Actionäre zukommenden Vortheile verschafft, muß alle Eigenschaften haben, welche statutenmäßig von einem Actionär verlangt werden. Bei einem zwischen den Konkursgläubigern und der Gesellschaft entstehenden Streite über die Annahme eines der letzteren durch die ersteren gestellten Actionärs an die Stelle des Kridars, hat der Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden, das er unter billiger Berücksichtigung der Gesellschaftsstatuten und der obwaltenden Umstände bilden wird; denn wenn gleich z. B. in den Statuten der Gesellschaft das Recht vorbehalten sein sollte, die Annahme eines neuen Actionärs an die Stelle eines alten nach freier Willkühr zu gestatten oder zu verweigern, so wird doch, wenn wegen des Konkurses eines Actionärs ein anderer an seine Stelle treten muß, die Annahme des von der Gläubigerschaft dazu Vorgeschlagenen nicht ohne allen Grund verweigert werden dürfen; in anderer Weise ist eine Ausgleichung der einander schroff gegenüberstehenden Rechte der verschiedenen Interessenten nicht möglich. Die praktisch einfachste Art der Auseinandersetzung der in Frage stehenden Rechtsverhältnisse wird die sein, daß die Konkursgläubiger die Actien ihres Kridars verkaufen lassen, für welche natürlich nur ein den Gesellschaftsstatuten entsprechender Käufer zulässig ist. Doch stünde rechtlich nichts im Wege, daß die Gläubiger die aus der Mitgliedschaft in der Actien-

gesellschaft zu hoffenden Vortheile sich selbst bis zu ihrer vollen Befriedigung vorbehielten; nur müßte hier der Gesellschaft gegenüber für eine Person gesorgt sein, welche jene als statutenmäßig qualifizirtes Mitglied anzunehmen verpflichtet wäre und welche sie auch als wirkliches Mitglied behandeln würde; die zwischen dieser Mittelsperson und den Konkursgläubigern obwaltenden Verhältnisse giengen die Gesellschaft nichts an. — Aus dem Bisherigen geht hervor, daß eine Actiengesellschaft, welche gut steht, kaum ein praktisches Bedürfniß haben wird, sich in dem Konkurse eines ihrer Actionäre anzumelden; denn unter der gemachten Voraussetzung werden sich immer Liebhaber finden, welche gegen Uebernahme aller Obliegenheiten des insolvent gewordenen Actionärs gegen die Gesellschaft an seine Stelle treten wollen. Vorsichts halber wird aber doch eine Actiengesellschaft die Anmeldung ihrer Forderungen in dem Konkurse eines insolvent gewordenen Actionärs nicht unterlassen dürfen; denn begreiflicher Weise kann sie nur dadurch ihre Rechte auf das in die Konkursmasse fallende Vermögen ihres Actionärs sich erhalten. Die Erhaltung dieses Anspruchs, als des einzigen Mittels zu ihrer wenigstens theilweisen Befriedigung, ist aber für sie wichtig, wenn die Konkursgläubiger kein Interesse haben, die Mitgliedschaft des Kridars in der Actiengesellschaft zu bewahren, wie dieß z. B. bei Gegenseitigkeits-Versicherungen leicht kommen kann, oder wenn es nicht für einen Vortheil, sondern für eine Last gilt, Mitglied der Gesellschaft zu sein; denn in solchem Falle wird sich Niemand finden, der an die Stelle des insolvent gewordenen Actionärs treten und dessen ursprüngliche Obliegenheiten gegen die Gesellschaft übernehmen wollte. — Hier bietet sich aber noch die Frage dar, ob der insolvent gewordene Actionär sein Mitgliedschaftsrecht in der Gesellschaft bewahrt, obgleich Niemand in seinem Namen jener die erforderliche Sicherheit stellte und die fälligen Leistungen prästirte, sei es schenkweise oder, wie es bei seinen Gläubigern vorkommen kann, um die aus seiner Actie fließenden Vortheile für sich zu genießen. Obgleich ich nun, wie aus dem Bisherigen hervorgeht, der Ansicht bin, daß die Insolvenz eines Actionärs nicht von selbst seine Mitgliedschaft in der Actiengesellschaft aufhebt, und daß die Gesellschaft, sofern nur für die stets rechtzeitige Befriedigung ihrer Ansprüche Sorge getragen wird, die Auflösung des Verhältnisses den Konkursgläubigern gegenüber nicht verlangen kann, so halte ich doch, wo jene Vorsorge

nicht getroffen ist, die Gesellschaft für berechtigt, auf Auflösung des zwischen ihr und dem insolvent gewordenen Actionäre bestehenden Rechtsverhältnisses zu dringen; denn man kann Niemanden zumuthen, eine fortdauernde Berechtigung eines andern anzuerkennen, welche diesem nur gegen eine erwartete fortdauernde Leistung eingeräumt war, nachdem es durch die Insolvenz dieses andern gewiß geworden, daß er die bedingende Leistung nicht gehörig werden erfüllen können. In ganz analoger Weise gestatten wir bei dem Konkurse eines Pächters den Konkursgläubigern, den Pacht auszuhalten, was der Verpächter nicht verweigern darf; geben aber die Konkursgläubiger die Pacht auf, so braucht der Verpächter dem Pächter selbst die Benutzung der verpachteten Sache nicht zu gestatten, vielmehr liquidirt er im Konkurse den ihm durch Nichterfüllung des Pachtvertrages entstehenden Schaden [36]). Bei Berechnung der Forderung welche in unserem Falle die Gesellschaft gegen den insolvent gewordenen Actionär hat, eröffnet sich ein weites Feld für die mannigfaltigsten Kombinationen, je nach den verschiedenen Verhältnissen, in welchen jene Forderung der Gesellschaft zu dem Vortheil stehen kann, welchen der Actionär aus der Gesellschaft erwarten durfte. Doch bietet es kein Interesse dar, diese möglichen Kombinationen im Einzelnen zu verfolgen, da praktisch der vorausgesetzte Fall nicht anders eintreten wird, als wenn die Mitgliedschaft in dem Actienvereine mehr eine Last als ein Vortheil ist. Hier werden zwei Hauptfälle zu unterscheiden sein: 1) Die Sache steht so, daß aus den geleisteten oder zu leistenden Beiträgen gar kein Erträgniß erwartet werden kann, wie z. B. bei einer Versicherungsgesellschaft, von der es gewiß ist, daß sie für bereits eingetretene Verluste alle oder nahezu alle Fonds brauchen wird: in solchem Falle liquidirt die Gesellschaft dem Konkurse ihres Actionärs die ganze Summe, welche dieser noch zu zahlen gehabt hätte, ohne daß er eine Gegenforderung wegen zu hoffenden Gewinns aufstellen könnte; ist es noch ungewiß, ob die Actie wirklich ganz voll wird eingezahlt werden müssen, so wird wegen des noch ungewissen Theils der Forderung, wie auch sonst mit Kautionen, verfahren. 2) Die Gesellschaft hat aus ihrem Unternehmen einen Ertrag zu erwarten, dieser ist aber so gering, daß er nicht einmal den Zinsen der Summe gleichkommt, welche auf eine theil-

36) Vergl. v. Bayer, Theorie des Konkursprozesses §. 31. S. 82.

weise schon eingezahlte Actie noch nachgezahlt werden müßte, um die Verbindlichkeit als Actionär vollständig erfüllt zu haben. Es wird z. B. eine Actiengesellschaft zu 1 % rentiren; sie bringt ihren Fond durch Actien zu 100 fl. zusammen, ein Actionär geräth in Konkurs, nachdem er 25 fl. eingezahlt hat; Niemand wird die theilweise schon eingezahlte Actie auch umsonst übernehmen wollen, denn die von ihm noch einzuschießenden 75 fl. würden sich ihm nur zu $1^1/_3$ % verzinsen. Verhältnisse, wie die hier vorausgesetzten, lassen sich namentlich bei Actiengesellschaften denken, welche mehr um eines gemeinnützigen Zweckes als um Geldgewinnes willen gestiftet sind. Gegen die Verbindlichkeit, welche hier dem insolvent gewordenen Actionäre gegen die Gesellschaft obliegt, hat er oder seine Konkursmasse von jener einen der Größe der Verpflichtung freilich nicht proportionalen Vortheil zu beanspruchen, den die Gesellschaft ihm zwar entziehen darf, weil er seine Verbindlichkeit nicht mehr gehörig zu erfüllen vermag, der aber doch bei der Berechnung der Größe ihrer Forderung mit in Anschlag gebracht werden muß. So würde, um bei dem obigen Beispiele zu bleiben, die auf eine Actie kommende Rente nach dem gewöhnlichen Zinsfuß ein Kapital von 20 fl. repräsentiren; der reelle Werth der Mitgliedschaft in der Actiengesellschaft würde also 20 fl. betragen, oder etwas mehr mit Rücksicht darauf, daß sie auch eine verhältnißmäßige Quote an dem bedeutend größeren und nur schlecht rentirenden Grundvermögen der Gesellschaft gäbe; hingegen wäre an der obigen Summe wieder etwas in Abrechnung zu bringen, wenn die Rente erst in einiger Zeit erwartet werden kann. Die Actiengesellschaft könnte also in unserem obigen Falle in dem Konkurse des Actionärs nach Abzug der Gegenforderung desselben nur 55 fl. oder je nach den Umständen etwas mehr oder weniger fordern. Eine besondere Schadloshaltung außer etwaigen Verzugszinsen wird die Actiengesellschaft nicht leicht verlangen können, als wenn sie beweist, durch den Ausfall der Leistungen des insolvent gewordenen Actionärs habe das Unternehmen in anderer, minder vortheilhafter Weise eingerichtet, oder es habe ein Darlehen aufgenommen werden müssen u. dergl. m. — Aus dem Vorgetragenen geht zur Genüge hervor, daß der Konkurs eines Actionärs, welcher seine an die Gesellschaft versprochene Leistung noch nicht vollständig erfüllt hat, für die Gesellschaft selbst mancherlei Verwickelungen hervorbringen kann, und daß es deßhalb rathsam ist, in den Statuten

für vereinfachende Maaßregeln zu sorgen. In den meisten ist dieß auch auf die eine oder andere Weise geschehen, wie z. B. durch die oben erläuterte Klausel, daß der nicht rechtzeitig leistende Actionär seiner Rechte als solcher unter Einbuße der bereits gemachten Einschüsse verlustig sein soll. Durch die Statuten anderer, namentlich Versicherungs-Gesellschaften, bei welchen jene Klausel nicht hinlänglich sichern würde, ist für den Fall der Insolvenz eines Actionärs direct Vorsorge getroffen, indem unter dieser Voraussetzung jener Actionär stillschweigend seiner Mitgliedschaft in dem Vereine für verlustig erklärt, und der Verkauf seiner Actie auf seine Rechnung angeordnet wird, so daß ein etwaiger Ueberschuß, der sich nach Tilgung aller seiner Verbindlichkeiten gegen die Gesellschaft aus dem Erlöse für die Actie und aus seinen früher gemachten Einschüssen ergibt, an die Konkursmasse verabfolgt wird, dagegen die Gesellschaft, wenn ihr bei diesem Verfahren noch eine Nachforderung bleibt, dieselbe im Konkurse liquidirt [37]). In dem Materiellen dieses Verfahrens ist nichts enthalten, worin eine Verletzung der Rechte der Konkursgläubiger läge, und was deßhalb nicht durch Uebereinkunft zwischen den Actionären giltig festgesetzt werden könnte; hingegen ist die in den angeführten Statuten enthaltene Anordnung, daß der Verkauf der Actie durch die Gesellschaft, höchstens etwa vermittelst eines von ihr damit beauftragten beeidigten Mäcklers, geschehen solle, etwas von dem gemeinen Prozeßrechte Abweichendes, das nur durch Staatsgenehmigung der Statuten, die es enthalten, Geltung erlangen kann.

§. 10. Rechte der Actionäre.

Die Berechtigung eines jeden einzelnen Actionärs besteht darin, daß er von jedem andern Actionäre die Erfüllung der Verbindlichkeiten zu verlangen befugt ist, welche demselben nach den bisherigen Erörterungen obliegen können und im einzelnen Falle wirklich obliegen. Jeder Actionär hat ferner ein Recht darauf, daß das beabsichtigte gemeinschaftliche Unternehmen in Gemäßheit der Statuten

37) Stat. d. bad. Schiff.-Assek.-Gesellsch. in Mannh. Art. 19., der Rhein-Schiff.-Assek.-Gesellsch. in Mainz Art. 11., der Versicher.-Gesellsch. Agrippina in Cöln § 15., der Cöln. Rückversich.-Gesellsch. Art. 15., des deutschen Phönix in Frankf. a. M. §. 24., der Berl. Hagel-Assek.-Gesellsch. §. 11.

betrieben werde, daß also auch alles dazu Erforderliche, wie z. B. Bestellung eines Vorstandes, gehörig geschehe. Diejenigen Sachen, welche von Seiten der einzelnen Actionäre durch wirkliche Erfüllung der von ihnen versprochenen Leistungen in die Gesellschaftskasse eingebracht wurden, oder das für dieselben Angeschaffte gehört den Actionären gemeinschaftlich, jedem nach Verhältniß seiner Betheiligung an der Gesellschaft, und eben so versteht es sich von selbst, daß ein etwa gemachter Gewinn verhältnißmäßig unter die Actionäre zu vertheilen ist. Es pflegt dieß in der Art zu geschehen, daß durch jährlichen Rechnungsabschluß der jeweilige Stand des Gesellschaftsvermögens ermittelt und dasjenige als s. g. Dividende unter die Actionäre vertheilt wird, was von der letzten Jahreseinnahme nach Abzug aller Ausgaben, Unkosten, Verbrauchungen, und je nach der Art des Geschäftes, nach Abrechnung einer bestimmten Summe zur Deckung laufender Risikos, als reiner Gewinn übrig geblieben ist. Häufig wird ein Theil dieses Reingewinns, anstatt ihn als Dividende zu vertheilen, als Reservefond zurückgelegt. Von dieser Dividende, dem zu vertheilenden Reingewinne, sind in vielen Statuten noch Zinsen unterschieden, welche im Gegensatze zu den ihrer Natur nach unsichern Dividenden den Actionären als eine mit Sicherheit aus der Betheiligung an der Gesellschaft zu erwartende Frucht versprochen werden [38]). Ja diese Sitte scheint so allgemein zu sein, daß man es bei andern Gesellschaften für nothwendig hielt, ausdrücklich festzusetzen, es solle eine von der Dividendenvertheilung verschiedene Zinsenvergütung nicht Statt finden [39]). Pöhls [40]) nimmt den erwähnten Gebrauch in Schutz, und zwar so, daß er ihm auch eine juristische Bedeutung beilegt, und ihn nicht bloß als eine im kaufmännischen Leben hergebrachte, und da vielleicht manche Vortheile gewährende

38) Vergl. z. B. Stat. des deutschen Phönix in Frankf. a. M. §. 16., der Cöln. Rückversich.-Gesellsch. Art. 7., der Berl. Hagel-Assekuranz-Gesellsch. § 6., der Leipz. Bank §. 11., der bair. Eisenb.-Gesellsch., der Rheinsch.-Bexbacher Eisenb. §. 34, der bair. Eisenb.-Gesellsch., der Ludwigsh.-Wormser Bahn §. 34., der Schweizer Nordbahn-Gesellsch. §. 12., der Actien-Gesellsch. f. d. Donau-Main-Kanal §. 10., der Berl.-Frankf. Eisenb.-Gesellsch. §. 15. 16.

39) Vergl. z. B. Stat. der Rheinschiff.-Assekuranz-Gesellsch. in Mainz Art. 8., der Versich.-Gesellsch. Agrippina in Cöln §. 8.

40) a. a. O. S. 233 ffg.

Berechnungsart der Erträgnisse eines Geschäfts und der darein verwendeten Kapitalien gelten lassen will. Weiske dagegen [41]) gesteht jenem Gebrauche, selbst wo er durch Statuten ausdrücklich sanktionirt ist, gar keine juristische Bedeutung zu, und in gleichem Sinne spricht sich eine königl. sächs. Verordnung vom 31. Juli 1839 über das hier in Frage stehende Verhältniß aus. Die eigenthümliche Ausdrucksweise der Statuten, welche ein juristisch nicht als Zinsen erscheinendes Prästandum doch mit diesem Namen belegte, scheint die Ursache mancher hier eingetretener Mißverständnisse zu sein. Es wird keinem Zweifel unterliegen, daß statutenmäßig festgesetzt werden kann, es solle eine von der Dividendenvertheilung verschiedene Verzinsung der Einlagen Statt finden, d. h. es sollen bei der Abrechnung der Actionäre unter einander jedem zunächst für die von ihm gemachten Einlagen Zinsen prästirt und dann erst der Rest als Gewinn nach dem gewählten Maaßstabe vertheilt werden; und es kann dieß, obgleich regelmäßig auch für die eigentliche Dividendenvertheilung nur die Größe der zu leistenden oder bereits wirklich geleisteten Beiträge als Maaßstab angenommen wird, doch auch praktisch wichtig werden, z. B. für den Fall, daß die Beiträge zu verschiedenen Zeiten geleistet wurden. Weder Weiske, noch Pöhls, noch die Statuten, welche eine besondere Verzinsung der geleisteten Beiträge anordnen, haben aber das hier auseinandergesetzte Verhältniß vor Augen; sie beschäftigen sich vielmehr alle nur mit der Frage, ob und inwiefern unter die einzelnen Actionäre etwas unter dem Namen von Zinsen ausgetheilt werden kann, ohne daß ein reiner Gewinn aus dem von der Actiengesellschaft betriebenen Geschäfte vorhanden ist. Es handelt sich hier also gar nicht darum, ob in einer Actiengesellschaft zu Gunsten der einzelnen Actionäre eine eigentliche von den andern Actionären zu prästirende Verzinsung der geleisteten Beiträge möglich ist, und es sind deßhalb weder die von Weiske für die Verneinung, noch die von Pöhls für die Bejahung jener Frage vorgebrachten Gründe von Belang, indem alle nur auf wahre Zinsenprästationen sich beziehen. Weiske ist nämlich für die Verneinung, weil die Actiengesellschaft als deutschrechtliche juristische Person nicht ein von den einzelnen Actionären verschiedenes, selbstständiges Rechtssubjekt sei, Zinsen aber ihrem Begriffe nach ein

41) a. a. O. S. 272 ffg.

von dem Zinsengeber verschiedenes, Zinsen empfangendes Subject voraussetzten. Pöhls ist für die Bejahung, weil jeder aus seinem Gelde wenigstens Zinsen ziehen wolle, und weil schon das römische Recht dem socius für die von ihm auf Gesellschaftszwecke verwendeten Gelder Zinsen zubillige, selbst ohne daß dieß ausdrücklich verabredet gewesen. Für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage sind aber die aus der rechtlichen Natur der Zinsen sich ergebenden Folgen, und die gesetzlichen Bestimmungen, in welchen Fällen eine Zinspflicht eintreten solle oder könne, vollkommen gleichgiltig; vielmehr ist die Entscheidung lediglich aus der Natur der Actiengesellschaft zu entnehmen, namentlich aus der rechtlichen Stellung derselben zu dritten Personen, deren Interesse ja dadurch wesentlich berührt wird, und deßhalb werde ich auch erst weiter unten bei der Darstellung dieser Verhältnisse näher auf die Frage eingehen.

Die Größe der Berechtigung eines jeden einzelnen Actionärs pflegt regelmäßig nur nach der Größe der von ihm übernommenen Verbindlichkeiten bestimmt zu sein, und in der That lassen sich auch bei der Actiengesellschaft kaum Gründe denken, welche wie bei der Sozietät eine Abweichung von jenem Grundsatze veranlassen könnte. Unter den Actionären, deren keiner das Gewicht seiner Individualität in der Gesellschaft geltend machen will oder kann, besteht kein anderer als der durch die Größe ihrer respectiven Leistungen begründete Unterschied; es ist daher natürlich, daß auch nur die Größe dieser Leistungen den Maaßstab für die Größe der Berechtigung abgibt. Es werden sich nicht leicht Statuten finden, in welchen der angegebene Grundsatz nicht ausdrücklich ausgesprochen wäre; er würde aber auch dann anzunehmen sein, wenn einmal Statuten diesen Punkt mit Stillschweigen übergangen hätten, wenn man auch zugibt, daß in der römischen societas abgesehen von besonderer Uebereinkunft Kopftheile zu machen sind [42]); denn diese römische Bestimmung beruht doch nur auf der Vorstellung, daß bei der Sozietät neben den äußerlich erscheinenden Beiträgen der socii auch noch ihre inneren Eigenschaften, ihre Fähigkeiten, ihr Kredit, ihre Betriebsamkeit, in Betracht kommen, was Alles bei der Actiengesellschaft wegfällt. Uebrigens würde es mit dem Wesen derselben nicht unverträglich sein, daß einmal ausnahmsweise in einer oder der

42) Vergl. v. Vangerow, Pandekten. §. 655. III. S. 458 ffg.

andern Beziehung für die Größe der Berechtigung ein anderer Maaßstab als die Größe der Beiträge angenommen würde; so kommt es z. B. oft vor, daß den Vorstehern, die zugleich Actionäre sind, außer ihren regelmäßigen Gewinnantheilen noch besondere Prozente des gemachten Gewinns zugestanden werden; oder man nehme an, daß zwei Actiengesellschaften sich mit einander vereinigen, von denen eine gut, die andere schlecht steht: hier könnte ganz wohl die Uebereinkunft beliebt werden, die gewesenen Mitglieder der letzteren sollten wenigstens eine Zeit lang einen verhältnißmäßig kleineren Antheil an dem Gewinn der vereinigten Gesellschaft haben, als die früheren Mitglieder der ersteren.

Die Berechtigung der einzelnen Actionäre geht aber nicht nur auf einen verhältnißmäßigen Antheil an dem etwaigen Gewinne und an dem Vermögen der Gesellschaft, sondern es hat außerdem jeder Einzelne seinen Genossen gegenüber ein Recht auf das Bestehen des Vereins und auf seine statutenmäßige Thätigkeit. Bei diesem Rechte scheint die Größe der Betheiligung des Einzelnen an der Gesellschaft nicht in Betracht kommen zu können: denn wie gering oder wie groß der Werth eines Rechtes sei, der Inhaber desselben ist immer in gleicher Weise befugt, Anerkennung desselben vor allen dazu Verpflichteten zu verlangen. Nichts desto weniger räumen die Statuten der meisten Actienvereine den höher Betheiligten einen größeren Einfluß auf die Entscheidung allgemeiner Gesellschafts-Angelegenheiten ein, als den minder Betheiligten, indem bei der Bildung der gemeinsamen Beschlüsse den Besitzern mehrerer Actien mehrere Stimmen beigelegt werden, wenn auch nicht gerade so viele, als sie Actien besitzen [43]). Bisweilen sind aber auch allen Mitgliedern gleiche Stimmrechte eingeräumt [44]), wobei dann wieder, wie

43) Stat. der bad. Schiff.-Assek.-Gesellsch. in Mannh. Art. 40. Cöln. Rückvers.-Gesellsch. Art. 30. des deutschen Phönix in Frankf. a. M. §. 38. Berl. Hagel.-Assek.-Gesellsch. §. 25. Baier. Eis.-Bahn Gesellsch. f. d. Rheinsch.-Bexb. Eis.-Bahn §. 38. Baier.-Eis.-Bahn-Gesellsch. f. d. Ludwigsh.-Worms. Eis.-Bahn §. 38. Schw. Nordd.-Gesellsch. §. 23. Berl.-Frankf.-Eis.-Bahn-Gesellsch. §. 27. Leipz.-Bank. §. 68.

44) Vergl. z. B. St. d. Rhein.-Schiff.-Assek.-Gesellsch. in Mainz Art. 32. Versich.-Gesellsch. Agrippina in Cöln §. 30.

nach den beiden citirten Statuten, eine gewisse Anzahl von Actien festgesetzt sein kann, welche man wenigstens besitzen muß, um überhaupt stimmberechtigt zu sein. Die Aufnahme der einen oder der andern dieser Bestimmungen in die Statuten einer Gesellschaft beweist, daß die Ansicht der Gründer derselben dahin ging, es sei zur Bildung giltiger Gesellschaftsbeschlüsse wenigstens nicht unbedingt Stimmeneinhelligkeit aller Betheiligten erforderlich. Wenn die niedrigsten Interessenten von der Theilnahme an der Bildung des gemeinsamen Willens ausgeschlossen werden, so ist damit ausgesprochen, es sollten Beschlüsse, welche alle Mitglieder der Gesellschaft verbinden, gefaßt werden können, ohne Rücksicht darauf, ob alle dem Beschlusse ihre Zustimmung ertheilt haben oder nicht; denn es kommt auf den Consens oder Dissens desjenigen, der gar nicht gefragt zu werden braucht, rechtlich nicht an. Es bleibt aber immer noch die Frage offen, ob abgesehen von ausdrücklicher statutenmäßiger Festsetzung die stimmberechtigten Mitglieder zur Fassung eines giltigen Beschlusses einstimmig sein müssen, oder ob schon eine Majorität dazu genügt. Auch kann die Ausschließung der niedrigsten Interessenten von der Theilnahme an Bildung der Gesellschaftsbeschlüsse nur auf gewisse Fälle bezogen, in andern auch ihnen stillschweigend oder ausdrücklich Stimmrecht eingeräumt sein, wie z. B. das cit. Stat. der Cöln. Vers.-Gesellſ. Agrippina in §. 39 b. bei der Frage über Auflösung der Gesellschaft auch den sonst nicht stimmberechigten Besitzern einer Actie ausdrücklich Stimmrecht einräumt, und das Statut d. Rhein. Schiff. Assek. Gesellschaft in Mainz Art. 37 b. für denselben Fall die gleiche Bestimmung stillschweigend festzusetzen scheint. Auch hier kann sich dann wieder die Frage erheben, ob Stimmeneinhelligkeit erforderlich ist oder Majorität genügt, sofern nicht die Statuten sich darüber bestimmt erklären. Uebrigens ergibt sich aus den Statuten solcher Gesellschaften, in welcher den einzelnen Actionären je nach der Größe ihrer Betheiligung größerer oder geringerer Einfluß auf die Bildung der Gesellschaftsbeschlüsse rechtlich eingeräumt ist, daß in solchen Gesellschaften wenigstens manche Beschlüsse durch eine bloße Majorität giltig gefaßt werden können; denn würde immer Uebereinstimmung aller Mitglieder gefordert, so hätte jene Bevorzugung der höher Betheiligten keinen Sinn; daß aber umgekehrt Stimmeneinhelligkeit niemals nöthig sei, kann aus jener Bestimmung allein nicht gefolgert werden. Jeden-

falls beruht die eine wie die andere der hervorgehobenen Eigenthümlichkeiten, obgleich ähnliche Vorschriften in den Statuten fast aller Actiengesellschaften sich finden werden, doch immer nur auf besonderer positiver Uebereinkunft, und sie können nicht als etwas bei Actiengesellschaften sich von selbst Verstehendes betrachtet werden. Die Entscheidung der Frage, ob in Actiengesellschaften zur Bildung giltiger gemeinsamer Beschlüsse stets Stimmeneinhelligkeit erforderlich sei, oder ob und in welchen Fällen schon die Majorität genüge, muß demnach aus andern Quellen geschöpft werden, und die Rezeption der oben hervorgehobenen Eigenthümlichkeiten in einer bestimmten Actiengesellschaft beweist nur für diese, daß in ihr Stimmeneinhelligkeit nicht zu allen Beschlüssen nothwendig ist.

Um zu einer richtigen Lösung der gestellten Aufgabe gelangen zu können, muß man sich erinnern, daß die Actiengesellschaft, obgleich sie ihrem wahren Wesen nach nur eine vertragsmäßige Vereinigung mehrerer Personen ist, doch formell als ein besonderes, selbstständiges Rechtssubject erscheint und deßhalb, um die Handlungen, welche sie als Ganzes vornimmt, von den Handlungen ihrer einzelnen Glieder unterscheiden zu können, einer bestimmten Organisation bedarf. In einer Actiengesellschaft können keinerlei Handlungen, sie seien welcher Art sie wollen, von einem einzelnen Actionäre, als solchem, vorgenommen werden, so daß sie auch nur durch seine Vermittelung einen Effect für die übrigen Gesellschafter hätten; der Kreis der eine Actiengesellschaft berührenden Handlungen kann nicht wie in der römischen societas außer durch die Subjecte, welche sie vornehmen, auch durch objective ihnen selbst entliehene Merkmale abgegränzt werden, sondern auf eine Actiengesellschaft beziehen sich nur diejenigen Rechtsgeschäfte, welche von ihr selbst, als einem formellen Ganzen, als fingirtem Subjecte jener Geschäfte, ausgegangen sind. Während also, wie bekannt, in der römischen societas die nothwendiger Weise gemeinsam von allen sociis vorzunehmenden Handlungen nur die Ausnahme bilden, bilden sie in unserer Actiengesellschaft die ganz ausnahmslose Regel, soweit überhaupt von Handlungen der Actionäre selbst, im Gegensatze zu den von dem Vorstande ausgehenden Geschäften die Rede ist. Demnach würde eine Uebertragung des in der römischen societas geltenden Satzes: melior est conditio prohibentis, auf unsere heutige Actiengesellschaft demselben eine viel weiter gehende praktische Wirkung beilegen, als

das römische Recht sie ihm je zugestanden hat. Nach diesem Rechte kommt der fragliche Satz nur in Betracht, wenn nach der Natur einer bestimmten Handlung oder in Folge besonderer Uebereinkunft Gemeinsamkeit des Handelns nothwendig ist; so tritt er z. B. in der societas nothwendig ein, wenn es sich um reell eingreifende Verfügungen über eine im condominium der socii stehende Sache handelt; er geht aber hier nur aus der Natur dieses condominium hervor und hängt nicht mit dem Wesen der societas zusammen. Man wird ferner den fraglichen Satz in jedem Gesellschaftsvertrage anerkennen müssen, durch welchen ausdrücklich oder stillschweigend gemeinsames Handeln der socii verabredet ist; denn da eine solche Gemeinsamkeit an sich nicht nothwendig ist, so kann einer auf sie gerichteten Uebereinkunft nur der Sinn beigelegt werden: es wolle sich jeder socius dagegen verwahren, daß die Handlungen der anderen socii rechtliche Wirkungen für ihn äußeren, d. h. er behält sich vor, durch seinen alleinigen Widerspruch die andern übereinstimmenden socii an Handlungen zu verhindern, welche ihren rechtlichen Effect auch auf ihn erstrecken würden. Mit der Prämisse fällt die Folgerung; in unserer Actiengesellschaft ist die Uebereinkunft, nur gemeinsam handeln zu wollen, keine freie, sondern eine durch die Natur des Rechtsverhältnisses mit Nothwendigkeit gebotene. Diese Nothwendigkeit geht aber nicht daraus hervor, daß schon das rechtliche Wesen der Actiengesellschaft ein freies Widerspruchsrecht des Einzelnen verlangte, sondern daraus, daß die Actiengesellschaft formell als ein einziges Ganzes, als ein selbstständiges Rechtssubject erscheint, für welches natürlich nicht die Einzelnen als solche handeln können. Es ist demnach nicht zu rechtfertigen, wenn man der in unserer heutigen Actiengesellschaft allerdings begründeten Nothwendigkeit des gemeinsamen Handelns die gleiche Wirkung beilegt, wie der in einer römischen Sozietät durch ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft festgesetzten Verpflichtung der socii, die sozietätsmäßigen Handlungen nur gemeinsam vorzunehmen; und es kann also aus einer Nothwendigkeit nicht ein freies Widerspruchsrecht jedes Einzelnen gegen alle Gesellschaftsbeschlüsse gefolgert werden, für dessen Existenz immer zuvermuthen, und dessen ausdrücklich beliebte Beschränkungen als Ausnahmen von der Regel strict zu interpretiren seien [45]). Freilich muß aber anderer Seits auch zugegeben

45) Vergl. Treitschke a. a. O. S. 341 flg.

werden, daß in der Actiengesellschaft nicht schlechthin die Majorität der Minorität ihren Willen aufdringen könne deßhalb, weil jene formell als juristische Person angesehen werde und bei der universitas, zu welcher species der juristischen Personen die Actiengesellschaft zu zählen sei, jener Rechtssatz gelte. Der Actienverein ahmt eben nur äußerlich eine juristische Person nach; der That nach wird in ihm nicht für ein künstliches, des Wollens unfähiges Rechtssubject durch gesetzlich dazu berufene physische Personen ein rechtlicher Wille geschaffen, sondern von den einzelnen Actionären macht jeder sein eigenes persönliches Recht gegenüber den andern durch seine Willensäußerung geltend. Wenn also auch der Sieg der Majorität über die Minorität dem Wesen der universitas entspricht, so folgt daraus noch nicht das Gleiche für die Actiengesellschaft, und Pöhls scheint mir die Sache zu leicht zu nehmen, wenn er ohne Angabe von Gründen erklärt, in einer Versammlung der Mitglieder einer Actiengesellschaft entscheide schlechtweg die Mehrheit[46]). Die Analogie der Sozietät und der universitas lassen uns hier gleichmäßig im Stiche; und es erübrigt nichts anderes, als aus der Natur des vorliegenden Verhältnisses selbst, aus den gegenseitig gewährten Rechten und übernommenen Pflichten und aus Absicht und Zweck, welche den Betheiligten vorschwebten, eine selbstständige Entscheidung zu gewinnen. Die genannten Entscheidungsquellen scheinen mir nun den Satz zu ergeben: daß, abgesehen von besonderen Statuten, bei Ausübung der Rechte und Verbindlichkeiten, welche die Actionäre durch Eingehung des Gesellschaftsvertrages sich gegenseitig eingeräumt, resp. übernommen haben, Stimmenmehrheit entscheidet, während zu einem Beschlusse, welcher die festgesetzten Rechte oder Verbindlichkeiten ändert, Stimmeneinhelligkeit zu fordern ist. Der letzte Theil dieses Satzes bedarf einer näheren Begründung nicht, denn es versteht sich von selbst, daß Niemand eine Modifikation seiner bestimmten Rechte oder Verbindlichkeiten, auch wenn er dieselben gemeinschaftlich und gegenseitig mit andern hat, nach dem Willen der Mehrheit dieser andern sich gefallen zu lassen braucht, sofern er sich nicht freiwillig schon zum Voraus dem Majoritätswillen unterworfen hat. Zweifelhafter dürfte der erste Theil des obigen Satzes sein; denn streng genommen gehört auch das zu meinem Rechte, daß

46) a. a. O. S. 198.

ich ausschließlich die Art und Weise seiner Ausübung bestimmen darf. Mir scheint jedoch in dem Eintritte in eine Actiengesellschaft ein stillschweigender Verzicht auf jene rigoröseste Geltendmachung des Einzelrechtes zu liegen. Der Geist, welchem dieses Institut seine Entstehung verdankt, ist der in unsern sozialen Verhältnissen mit ungeheurer Macht herrschende Geist der Assoziation; er lehrte uns, wie unendlich die menschlichen Kräfte durch Vereinigung gesteigert werden können; er lehrte uns aber zugleich, daß bei einem ängstlichen Festhalten an den äußersten Konsequenzen der persönlichen Berechtigung eine Vereinigung nicht möglich ist. Dieser Geist durchdringt mehr oder weniger uns alle, und wenn es auch gewagt sein mag, aus einer allgemeinen Anschauungsweise eines Volkes für ein beliebiges Rechtsinstitut desselben geradezu einen bestimmten Rechtssatz zu machen, so wird doch immerhin jene Anschauungsweise bei der Beurtheilung dieses Instituts wesentliche Rücksicht verdienen. In der Actiengesellschaft ist eine gemeinsame Thätigkeit verabredet. Die Gemeinsamkeit des Handelns soll aber nicht ein Hemmschuh für die Willensäußerung der Gesellschaft und eine Schutzmauer für die strengste persönliche Berechtigung des Einzelnen sein, sondern sie ist nothwendig, weil die Gesellschaft eben nur als Ganzes und nicht in ihren einzelnen Gliedern handeln soll. Man würde meiner Ansicht nach durchaus gegen den Geist des ganzen Instituts verstoßen, wenn man der Nothwendigkeit des gemeinsamen Handelns die Bedeutung einer stets erforderlichen Stimmeneinhelligkeit unterschieben wollte. Der gemeinsame Wille, die nothwendige Voraussetzung des gemeinsamen Handelns, soll vielmehr auf die möglichst leichte Weise gebildet werden; der Wille einer Vielheit von Personen stellt sich aber nach einer uns ganz geläufigen Vorstellungsweise stets durch den Willen der Majorität jener Personen dar. Wer sich verpflichtet hat, mit andern gemeinschaftlich zu handeln, hat dadurch nach unserer Vorstellungsweise von selbst auf die Durchsetzung seines Einzelwillens verzichtet, so weit dieß der Zweck der Gemeinschaft fordert. Man wird aber nicht läugnen können, daß eine Actiengesellschaft eine Verbindung, in welcher mehrere Personen zu bestimmten Leistungen sich gegenseitig verpflichten, um gegen Verwerthung jener Leistungen einen gemeinschaftlichen Zweck zu erreichen, überall nicht oder wenigstens nicht mit irgend einer Energie zu handeln vermag, wenn die Disposition über die Masse der Rechte,

welche die Einzelnen sich gegenseitig zu gewähren haben, durch den Widerspruch eines einzigen gehemmt werden könnte, obgleich die beabsichtigte Disposition sich gar nicht auf den Bestand der nach Art und Umfang genau bestimmten Rechte, resp. der ihnen entsprechenden Verbindlichkeiten bezöge, sondern nur die Art ihrer Ausübung und Anwendung bestimmte. — Erinnert man sich dabei noch der oben angeführten, in fast allen Actiengesellschaften vorkommenden Eigenthümlichkeiten, welche, wo sie aufgenommen sind, beweisen, daß in der fraglichen Actiengesellschaft wenigstens nicht zu allen Beschlüssen Stimmeneinhelligkeit erforderlich sein kann; und erwägt man endlich, daß wohl ausnahmslos die Statuten aller Actienvereine, welche über die Erfordernisse eines gültigen Gesellschaftsbeschlusses sich bestimmt aussprechen, immer nur Majoritätsbeschlüsse verlangen, und sogar bei Beschlüssen, welche den Bestand der Rechte und Verbindlichkeiten der Einzelnen betreffen, regelmäßig mit einer etwas größeren Majorität sich begnügen, so glaube ich, daß der Ausspruch gerechtfertigt ist: es könnten in einer Actiengesellschaft Beschlüsse über die Ausübung der Rechte, welche die Einzelnen durch Eingehung des Gesellschaftsvertrages sich gegenseitig eingeräumt haben, von der Majorität mit verpflichtender Wirkung für die Minorität gefaßt werden, auch wenn dieß in den Statuten nicht ausdrücklich festgesetzt ist. Uebrigens will ich nicht läugnen, daß eine strenge Anwendung rein römischer Grundsätze zu einem andern, als dem hier vertheidigten Resultate führen würde; nur glaube ich, daß auch in der Jurisprudenz, obgleich sie ihrer Natur nach konservativ ist, der Konservatismus doch zu weit getrieben werden kann.

Wann nach dem obigen Grundsatze zu Beschlüssen einer Actiengesellschaft Stimmeneinhelligkeit zu fordern sei, wann Stimmenmehrheit genüge, wird in den meisten Fällen leicht zu entscheiden sein. So kann es darnach keinem Zweifel unterliegen, daß die Wahl des Vorstandes, des Ausschusses und überhaupt aller von den Actionären selbst zu wählenden Beamten der Gesellschaft gültig durch die Mehrheit geschieht. Dasselbe gilt hinsichtlich der Entscheidung über einzelne, den Geschäftsbetrieb betreffende Punkte, deren Erledigung wegen ihrer besonderen Wichtigkeit, oder weil sie die Gränzen einer gewöhnlichen Geschäftsführung überschreiten, ausnahmsweise nicht dem Vorstande, sondern den Actionären selbst in ihrer Gesammtheit vorbehalten ist; so z. B. bei einer Versicherungs-Gesellschaft hinsichtlich der Frage

über die Errichtung von Agenturen — versteht sich nur innerhalb des statutenmäßig für die Annahme von Versicherungen bestimmten Kreises [47]); über Zahl, Stellung, Gehalt des von der Gesellschaft besoldeten Hülfspersonals [48]); über die Größe der Dividende, wenn diese nicht schon statutenmäßig nach Prozenten des reinen Ueberschusses festgesetzt, sondern die Ermittelung ihres Betrags einem Gesellschaftsbeschlusse überlassen ist [49]). Dadurch daß die Festsetzung der Dividende einem Beschlusse der Gesammtheit vorbehalten wird, haben nämlich die Einzelnen sich des Rechts begeben, bestimmte Prozente des Ueberschusses als Dividende baar zu beziehen; die Verwendung des Erübrigten, auf das zu keinem Theile ein einzelner Actionär ein bestimmtes Recht hat, ist Sache der Gemeinschaft, und es würde sich darum anders verhalten, wenn durch die Statuten den einzelnen Actionären bestimmte Prozente des reinen Ueberschusses als Dividende zugebilligt wären, der Rest zur Bildung eines Reservefonds verwendet werden sollte: eine Abänderung dieser Bestimmung würde, da sie die festgestellten Rechte der Einzelnen ergreift, nur durch einen einstimmigen Beschluß beliebt werden können. Ein solcher wird ferner nach dem oben aufgestellten Grundsatze nöthig sein, wenn der Zweck der Gesellschaft geändert, wenn sie freiwillig aufgelöst oder über einen verabredeten Endtermin hinaus verlängert, wenn ihre Fonds vermehrt oder vermindert werden sollen, sei es durch Erhöhung, resp. Herabsetzung der bereits ausgegebenen, sei es durch Ausgabe neuer Actien. Ist hingegen in einem Gesellschaftsvertrage von Anfang an eine bestimmte Höhe des zusammenzubringenden Actienkapitals festgesetzt und nur der Zeitpunkt der Begebung eines Theils der Actien einstweilen hinausgeschoben und seine Bestimmung den Actionären überlassen, so wird ein darauf gehender Beschluß durch Stimmenmehrheit gültig gefaßt werden können; denn es handelt sich hier nur um gemeinschaftliche Verwendung der gegenseitig zugestandenen Rechte, ohne daß die festgestellten Rechte oder Verbindlichkeiten des Einzelnen geändert würden. Die besondere Be-

---

47) Bad. Schiff.-Assek.-Gesellsch. in Mannh. Art. 17.

48) Ebendas. Art. 14.

49) Rhein-Schiff.-Assek.-Gesellsch. in Mainz Art. 34, 2. Versich.-Gesellsch. Agrippina in Cöln §. 34, b. Bair. Eisenb.-Gesellsch. f. d. Ludwigsh.-Wormser Bahn §. 45, 4.

deutung der Beschlüsse des obigen Inhaltes ist auch von den meisten Statuten anerkannt, welche für sie wenn auch nicht Stimmeneinhelligkeit, so doch wenigstens eine größere Majorität verlangen [50]). Ferner ist meiner Ansicht nach, abgesehen von besondern Statuten, nur durch Stimmeneinhelligkeit ein gültiger Beschluß darüber zu erzielen, ob ein Darlehen zum ausgedehnteren Betriebe des Geschäftes aufgenommen werden soll; denn wenn auch dadurch die Verbindlichkeit des einzelnen Actionärs nicht geändert wird, die ja durch das Maaß der von ihm versprochenen Leistungen ein für allemal bestimmt ist, so liegt doch in der Aufnahme eines Darlehens eine Ueberschreitung der Gränze, welche ursprünglich für die von der Gesellschaft auszuführenden Rechtsgeschäfte gezogen war; und die Kraft der Gesellschaft muß zum Theile auf ein anderes Ziel, als das eigentlich von ihr verfolgte, verwendet werden, was kein Actionär sich gefallen zu lassen braucht. Die Statuten der Berlin-Frankfurter Eisenbahn stellen auch die Aufnahme eines Darlehens der Vermehrung des Actienkapitals gleich [51]). Eine frühere Einzahlung der versprochenen Beiträge, als die statutenmäßig festgesetzte, wird nur durch Stimmeneinhelligkeit beschlossen werden können; denn durch Auferlegung eines früheren Zahlungstermins, als des verabredeten, wird jedem Einzelnen seine Verbindlichkeit erschwert. Auch zu dem entgegengesetzten Beschlusse, die Ausführung des beabsichtigten Unternehmens und damit die Einzahlung der Beiträge der Einzelnen hinauszuschieben, wird bloße Stimmenmehrheit nicht genügen. Denn im Zweifel wird immer anzunehmen sein, jede Actiengesellschaft wolle das von ihr beabsichtigte Unternehmen alsbald ins Werk setzen; darauf und folgeweise auf die ungesäumte Leistung von Seiten seiner Genossen hat jeder einzelne Actionär ein Recht, das ihm nicht dadurch entzogen werden kann, daß die Uebrigen, um ihrer Seits der alsbaldigen Leistung überhoben zu werden, auch ihm einen Aufschub bewilligen wollen. An der Größe, der Bildungsart, der Verwendung eines Reservefonds kann gegen die statutenmäßig darüber getroffenen Bestimmungen nur durch einstimmige Beschlüsse etwas geändert werden; denn alle diese Punkte bilden einen Theil des Gesellschaftsver-

---

50) Berl.-Frankf. Eisenb. §. 28. vergl. §. 34. Leipz. Bank §. 69. vergl. mit §. 74 u. 115. Deutscher Phönix §. 50 u. a.

51) §. 26, B, 2.

trages, mithin vertragsmäßig den einzelnen zugestandene Rechte, an welchen ohne Zustimmung Aller nichts geändert werden kann. — Auch die Entlastung des Vorstandes wird in Gemäßheit des oben aufgestellten Grundsatzes im Zweifel nur durch Stimmeneinhelligkeit gültig geschehen können, obgleich gerade in dieser Beziehung viele Statuten sich mit einfacher Stimmenmehrheit begnügen [52]), während andere nur im Allgemeinen von einer Rechnungsablage, einem Geschäftsberichte, sprechen, welche der Gesellschaft zu erstatten seien, ohne daß mit Bestimmtheit erkannt werden kann, ob sie einem per majora gefaßten Beschlusse der Actionäre die Kraft einer wirklichen Entlastung des Vorstandes beilegen [53]). Der Vorstand verwaltet die Rechte der einzelnen Actionäre; es wäre ein Eingriff in die Rechte derselben, wenn eine Mehrheit von ihnen die Minorität zu dem Anerkenntniß zwingen könnte, der Vorstand habe seine Verbindlichkeiten gegen die Einzelnen erfüllt, während dieß vielleicht wirklich oder wenigstens nach der Vorstellung jener nicht der Fall ist. Ja, ich gehe noch weiter: selbst wo die Decharge des Vorstandes dem Beschlusse einer einfachen oder einer bestimmten größeren Majorität ausdrücklich überlassen ist, wird doch nach allgemeinen Grundsätzen der Einzelne sich nicht dabei zu beruhigen brauchen, wenn er dem Vorstande einen dolus nachweisen kann [54]).

Ueber die Art und Weise, wie Gesellschaftsbeschlüsse zu bilden seien, enthalten die meisten Statuten ausführliche Bestimmungen; sie setzen die Art der Einladung der einzelnen Actionäre und die dabei nothwendig zu beobachtende Frist fest; bestimmen, ob und in welchen Fällen die Berathungsgegenstände bei der Einladung den Actionären schon mitgetheilt werden müssen; ordnen den Gang der Versammlung an, die Art der Legitimation, die Bestellung des Präsidenten, der Sekretäre; setzen fest, wie viele Mitglieder wenigstens

52) Vergl. z. B. Stat. des deutschen Phönix §. 42, 2., der Bair. Eisenb.-Gesellsch. d. Ludwigsh.-Wormser Bahn §. 45, 2., der Bair. Eisenb.-Gesellsch. d. Rheinsch.-Bexb. Eisenb. §. 45, 2., des Main-Donau-Kanal §. 34.

53) Vergl. z. B. Stat. d. Rhein-Schiff-Assek.-Gesellsch. in Mainz Art. 34, 1 u. 2., der Versich.-Gesellsch. Agrippina in Cöln §. 34, a u. b., der Leipziger Bank §. 69, 1 u. 2.

54) Vergl. noch im Allgemeinen Pöhls a. a. O. S. 198 ffg. Treitschke a. a. O. S. 341 ffg.

an der Entscheidung Theil nehmen müssen, damit überhaupt ein giltiger Beschluß zu Stande kommen könne, ferner ob und in welchen Fällen Majorität genüge, wann eine einfache, wann eine größere Majorität erforderlich sei u. s. w. Welche dieser Vorschriften wesentlich sind, so daß ihre Nichtbeobachtung im einzelnen Falle Ungültigkeit der gefaßten Beschlüsse nach sich zieht, welche nicht, kann nur aus dem Inhalte der einzelnen Statuten und nach Würdigung aller faktischen Verhältnisse beurtheilt werden; nur auf einige allgemeinere Interpretationsregeln, welche meiner Ansicht nach immer zu beobachten sind, will ich hier aufmerksam machen. Die Statuten pflegen nicht systematisch, sondern kasuistisch abgefaßt zu werden; es scheint mir deßhalb unzulässig, einen beliebigen, unserem allgemeinen Rechtssysteme angehörigen Rechtssatz, der möglicher Weise auch bei Actiengesellschaften angewendet werden kann, bei denselben als Regel festzuhalten, obgleich die Statuten eine Reihe von Ausnahmen aufstellen, bloß deßhalb, weil er in ihnen nicht allgemein aufgehoben sei; man muß vielmehr, wenn bestimmte Statuten z. B. in einer Reihe von Fällen, in welchen an sich nur Stimmeneinhelligkeit einen gültigen Beschluß erzeugen könnte, eine Majorität von $^2/_3$ für genügend erklären, meiner Ansicht nach mit dieser Majorität sich auch in andern derartigen Fällen begnügen, die in den Statuten mit Stillschweigen übergangen sind. Die statutarische Bestimmung, bei der Bildung von Gesellschaftsbeschlüssen sollen den höher Betheiligten mehr Stimmen als den kleineren Interessenten zukommen, rechtfertigt nach meiner Ansicht für sich allein noch nicht den Satz, daß auch Beschlüsse, welche den Bestand der festgestellten Rechte und Verbindlichkeiten der Einzelnen ergreifen, durch bloße Majorität gültig zu Stande gebracht werden können, sofern nicht die Statuten dieß allgemein oder in einzelnen Beispielen, etwa unter Festsetzung einer größeren als einer einfachen Majorität angeordnet haben. Denn auch unter der angegebenen Beschränkung behält die fragliche Klausel eine wesentliche Bedeutung und steht dann mit dem aus der Natur der Sache sich ergebenden Resultate in gutem Einklange, indem sie für Fälle, in welchen Majoritätsbeschlüsse sich von selbst verstehen, die Art und Weise der Bildung der Majorität näher festsetzt; wenn man aber jene Beschränkung wegfallen läßt, wird ohne genügenden Grund einer möglicher Weise auch enger zu interpretirenden Bestimmung eine ganz exorbitante Bedeutung beigelegt. Wollen die Actionäre

wirklich in allen Gesellschafts-Angelegenheiten die Entscheidung der Majorität gelten lassen, so liegt eine direkte Erklärung darüber so nahe, daß sie kaum vergessen werden kann. — Ist aber neben der ungleichen Vertheilung der Stimmrechte unter die einzelnen Mitglieder ausdrücklich festgesetzt, daß selbst über Fragen, welche den Bestand der Rechte und Verbindlichkeiten der Einzelnen betreffen, per majora entschieden werden soll, so hat auch in solchen Fällen die Zählung nach dem einmal festgesetzten Stimmenverhältnisse zu geschehen, auch wenn in ihnen eine andere als die einfache Majorität verlangt sein sollte; denn es ist durchaus kein Grund vorhanden, warum in einer Majorität von 2/3 die Stimmen anders gezählt werden sollten, als in einer einfachen Majorität. Pöhls [55] ist freilich anderer Ansicht, aber ohne Gründe dafür anzuführen; und noch weniger wird man ihm beistimmen können, wenn er in dem vorausgesetzten Falle, abweichend von dem sonst verabredeten Stimmenverhältnisse, nicht jeder Person, sondern jeder Actie eine Stimme beilegen will, was er für die natürliche Stimmenzählung hält. — Wenn in den Statuten einer Gesellschaft die Art und Weise der Bildung von gemeinsamen Beschlüssen ganz mit Stillschweigen übergangen ist, so sind zahlreiche Zweifel fast unvermeidlich; die Vorsicht gebietet daher, jenen Punkt nicht zu übersehen. Daß es dessen ungeachtet überraschender Weise dennoch bisweilen geschieht, wie z. B. in den Statuten der badischen Schifffahrts-Assekuranz-Gesellschaft in Mannheim, hat seinen Grund wohl darin, daß die Verfasser solcher Statuten zu Vieles als sich von selbst verstehend betrachten, was zwar in ziemlich allen Actiengesellschaften in ähnlicher, aber doch nicht in gleicher Weise vorkommt, und was immer auf besonderer positiver Verabredung beruht, und darum nicht ohne Weiteres von einer Actiengesellschaft, in der es eben ausdrücklich beliebt wurde, in eine andere übertragen werden kann, in welcher es an einer derartigen Uebereinkunft fehlt. In einer Gesellschaft der vorausgesetzten Art wird ganz nach den oben angegebenen Merkmalen zu bestimmen sein, welche Beschlüsse Stimmeneinhelligkeit erfordern, welche schon durch Majorität gültig zu Stande kommen können. Die Entscheidung wird, wo nicht einmal der Zusammentritt einer Generalversammlung zur Fassung der gemeinsamen Beschlüsse vorgeschrieben ist, nicht gerade nothwendig in einer solchen

55) a. a. O. S. 204. 205.

gewonnen werden müssen, sondern auch so geschehen können, daß der gemachte Vorschlag den Einzelnen zur Abgabe ihres Votums mitgetheilt wird oder bei Wahlen jeder für sich seinen Stimmzettel einschickt. Die Einladung muß im Zweifel von dem Vorstande ausgehen, persönlich an alle Einzelnen gerichtet werden, und es wird ihnen der Gegenstand der Berathung zum Voraus mitzutheilen sein; ist dieß geschehen, so können die Erschienenen, und seien ihrer auch noch so wenige, immer einen gültigen Beschluß fassen durch Stimmeneinheit oder einfache Majorität. Diese Behauptungen stehen untereinander im engsten Zusammenhange; die Leitung der Gesellschafts-Angelegenheiten liegt nur in der Hand des gemeinsam bestellten Vorstandes; nur ihm steht es zu, in jenen Angelegenheiten mit rechtlicher Wirkung für alle Gesellschafter zu handeln; soll den Ausbleibenden ein Präjudiz treffen, so muß er von dem ihm möglicher Weise drohenden Nachtheile und dem Inhalte desselben gehörig unterrichtet sein; wer es aber versäumt, trotz ordnungsmäßig an ihn ergangener Einladung an der Fassung eines gemeinschaftlichen, auch sein Interesse berührenden Beschlusses sich zu betheiligen, der hat die Folgen davon sich selbst zuzuschreiben. Der Einzelne kann nicht lediglich durch seine Unthätigkeit das Zustandekommen jedes gültigen Beschlusses hindern; um so weniger, als aus den Statuten aller Actiengesellschaften deutlich die Vorstellung hervorleuchtet, die Ausübung des Stimmrechts sei lediglich ein Recht, keine Pflicht, zu deren Erfüllung man nöthigen Falls auch zwangsweise angehalten werden könne [56]). Wollte man die Nichterschienenen nicht an den Beschluß der Erschienenen binden, so wäre es demnach in die Gewalt eines Einzelnen gegeben, lediglich durch Nichtsthun die Thätigkeit der ganzen Gesellschaft zu hindern. Wo nicht ein rechtlicher Zwang zur Theilnahme an den gemeinsamen Beschlüssen Statt findet, muß wenigstens ein Zwang auf Anerkennung der Beschlüsse vorhanden sein, an deren Bildung man selbstverschuldeter Weise keinen Antheil nahm. Im Zweifel ist jeder Actionär für befugt zu erachten, bei Bildung der gemeinsamen Beschlüsse sich durch einen Mandatar vertreten zu lassen, und zwar auch durch einen Nichtactionär; denn er sorgt durch Theilnahme an der Abstimmung nur für sein eigenes

---

56) Vergl. z. B. Stat. der Leipz. Bank § 74., der Berl.-Frankf. Eisenb.-Gesellsch. §. 34.

Recht; in Ausübung seiner Rechte kann man sich aber im Zweifel immer durch einen Mandatar vertreten lassen, dessen Wahl einem frei steht, so lange man sich nicht einer besonderen Beschränkung unterwarf. — In welchen Fällen ein gemeinsamer Beschluß sämmtlicher Actionäre erforderlich ist, im Gegensatz zu Anordnungen, welche der Vorstand treffen darf, ergibt sich aus dem Umfange der dem letzteren eingeräumten Befugnisse; alle Fragen, welche das Gebiet der gewöhnlichen Geschäftsführung überschreiten, werden also im Zweifel der Gesammtheit der Actionäre zur Entscheidung vorzulegen sein.

§. 11. Uebergang der Mitgliedschaft in einer Actiengesellschaft von einer Person auf eine andere.

Die Actiengesellschaft ist ihrem ganzen Wesen nach kein an bestimmte Personen gebundenes Verhältniß. Sie erscheint äußerlich als ein einziges Rechtssubject, hinter welchem die eigentlich berechtigten und verpflichteten physischen Personen dem Auge des Dritten ganz verschwinden, jene selbst haben gegenseitig an einander kein anderes Interesse, als daß jeder für seine versprochene, ein für allemal fest bestimmte Leistung solvent sei; besondere Rücksichten auf individuelle Eigenschaften des einen oder des andern Actionärs, wie in der römischen societas, kommen überall nicht vor. Da die Actiengesellschaft nur aus Gründen, welche sie als Ganzes betreffen, aufgelöst wird, und nicht, wie die römische Sozietät, schon dadurch aufhört, daß ein einzelner Actionär ferner nicht mehr Mitglied der Gesellschaft sein kann: so muß unter Umständen ein Wechsel unter den zur Gesellschaft gehörigen Personen eintreten, wie z. B. in Folge des Todes oder der Insolvenz eines Actionärs. Aber auch aus freier Willkühr wird unter den Actionären ein Wechsel unbeschadet der Existenz der Gesellschaft herbeigeführt werden können, da die Gründe, welche in der römischen societas jeden, auch einen außerhalb der Willkühr der Interessenten liegenden Wechsel unter den sociis untersagen, bei unserer Actiengesellschaft, wie gerade geschildert wurde, nicht Platz greifen. Es fragt sich nur: wie ist jener Wechsel unter den Personen der Actionäre zu vermitteln? und kann er nach freiem Belieben des Einzelnen geschehen? oder ist die Einwilligung anderer und wessen dazu nothwendig? Bei der Lösung dieser Aufgabe kam man zu manchen Schwierigkeiten und Mißverständnissen, die meiner

Ansicht nach ihren Grund allein darin haben, daß man von der Betrachtung der Actie ausging, von ihrer Uebertragbarkeit und deren Bedingungen sprach u. dergl. m., anstatt das Verhältniß selbst seinem rechtlichen Charakter nach ins Auge zu fassen, daraus die Grundresultate zu gewinnen, und dann die etwaigen Modifikationen darzustellen, welche das einfache Verhältniß dadurch erleidet, daß die Mitgliedschaft in einem Actienvereine, an sich eine zweiseitige Obligation, äußerlich durch eine Urkunde, die s. g. Actie dargestellt wird.

Schon der Inhalt der oben aufgeworfenen Fragen sollte billig vor dem Irrthume bewahren, als könne hier von einer eigentlichen Cession im römischen Sinne des Wortes die Rede sein; es ist unmöglich, den beabsichtigten Erfolg durch eine Cession herbeizuführen; denn diese läßt bekanntlich das alte obligatorische Verhältniß zwischen dem ursprünglichen Kreditor und Debitor bestehen, und überträgt nur die Ausübung der Rechte des ersteren auf eine dritte, der Obligation selbst seither und fernerhin fremde Person. Daß auch das Mitglied einer Actiengesellschaft die Ausübung seines Rechts auf die Dividende in dieser Weise cediren kann, unterliegt keinem Zweifel. Aber darum handelt es sich in unserem Falle gar nicht; der seitherige Actionär will ausscheiden, und an seine Stelle soll eine andere Person treten, die fortan selbst als Actionär zu gelten hat, die ihr in dieser Eigenschaft zukommenden Rechte als eigene ausübt, und sofern mit dem Actionärsein noch Verpflichtungen verbunden sind, begreiflicher Weise auch diese erfüllen muß; m. a. W. in dem Falle, welchen wir hier zu betrachten haben, wollen die Interessenten einen Erfolg herbeiführen, wie er nur mit der Novation, nicht mit der Cession verbunden sein kann. Der Erreichung ihrer Absicht steht rechtlich nichts im Wege, und es ist demnach nur zu erörtern, welches Verfahren nach der Natur der Actiengesellschaft eingehalten werden muß, um die an sich rechtlich mögliche Absicht im einzelnen Falle wirklich zu erreichen. Für die allgemeinen Prinzipien kann es dabei keinen Unterschied begründen, ob der Actionär, welcher seine Stelle einem andern überläßt, noch Verbindlichkeiten als Actionäre zu erfüllen hat oder nicht; und wenn man häufig die in die Willkühr des Einzelnen gestellte Uebertragbarkeit der Actie in dem letztern Falle für etwas sich von selbst Verstehendes hält und nur im ersten Falle Schwierigkeiten findet, so beruht dieß auf dem Irrthume, daß man die Actie als ein selbstständiges Werthobject betrachtet, während sie in Wahr-

heit nichts anderes ist, als eine Urkunde über die ihrer wesentlichen Natur nach ein zweiseitiges Obligationsverhältniß darstellende Mitgliedschaft in einem Actienvereine. Wie in der römischen societas, wenn in ihr überhaupt ein Wechsel der Personen statthaft wäre, ein socius, obgleich er als solcher vielleicht gar keine Leistungen mehr zu prästiren hätte, doch nicht seine Stelle als socius an einen andern ohne Zuthun der übrigen socii überlassen könnte, ganz so kann in unserer Actiengesellschaft ein Actionär, obgleich er alle Verbindlichkeiten gegen die Gesellschaft bereits erfüllt hat, an sich sein Mitgliedschaftsrecht selbst nicht ohne Einwilligung seiner Genossen auf einen andern übertragen, sondern ihm höchstens die Ausübung desselben überlassen. Denn die Actionäre stehen unter einander in einem ganz gewöhnlichen obligatorischen Nexus; wer in einem solchen nur berechtigt und nicht verpflichtet ist, kann sein Recht zwar nach freiem Belieben aufgeben; den Uebergang dieses Rechtes selbst auf einen andern kann er aber nur dadurch bewirken, daß seine früheren Genossen diesen andern in den obligatorischen Nexus aufnehmen, sei es durch ein darauf bezügliches spezielles Rechtsgeschäft, sei es durch eine allgemeinere Erklärung, welche diesen Effect hervorzubringen im Stande ist. Es ist klar, daß zwischen dem Falle, in welchem dem Dritten blos in Folge einer Cession die Ausübung des Rechts überlassen wird, und dem andern, in welchem dieses Recht selbst auf ihn übergeht, selbst ein praktischer Unterschied besteht. Man nehme z. B. an, ein Actionär habe alle ihm als solchem obliegenden Verbindlichkeiten erfüllt, sei aber aus einem besonderen Rechtsgeschäfte, das er mit der Gesellschaft abgeschlossen, noch deren Schuldner; cedirt er hierauf sein Recht als Actionär, so würde dem Cessionar, welcher etwa Dividenden erfordert, die Kompensations-Einrede aus der schon vor der Cession vorhandenen Schuld seines Cedenten entgegen gehalten werden können; überträgt er hingegen sein Mitgliedschaftsrecht selbst, so ist unter der gleichen Voraussetzung die Kompensations-Einrede nicht möglich. Der Uebergang der Mitgliedschaft in einer Actiengesellschaft von einer Person auf eine andere (die Uebertragung einer Actie) involvirt nach den vorgetragenen Erörterungen immer, die Actie mag bereits voll eingezahlt sein oder nicht, ein Ausscheiden eines seither in einem obligatorischen Nexus stehenden Subjectes aus diesem Nexus und die Aufnahme eines neuen Subjectes an seine Stelle. Dieses Geschäft, seiner

Wirkung nach eine Novation, wird rechtlich am einfachsten in den bei Actiengesellschaften anwendbaren gemeinrechtlichen Formen der Novation vorgenommen, und in vielen Gesellschaften ist diese rechtlich einfachste Uebertragungsart auch zugleich die einzig zulässige, indem durch die Statuten ausdrücklich festgesetzt ist, es solle nur mit Zustimmung der Gesellschaft ein Actionär seine Stelle an eine andere Person abtreten dürfen. Für die Gesellschaft wird hier im Zweifel der verwaltende Vorstand derselben mit vollkommener Wirksamkeit zu handeln befugt sein, wie ja schon das römische Recht dem administrator cum libera, dem jener an Machtvollkommenheit wenigstens gleich steht, die Befugniß zu noviren ertheilt [51]). Treitschke [52]) will freilich jene Gewalt nicht nur nicht dem Vorstande einräumen, sondern hält sogar im Zweifel zu einer giltigen Novation Stimmeneinhelligkeit aller Actionäre für erforderlich; allein eine Novation der hier in Frage stehenden Art, durch welche an der eigenen Berechtigung oder Verpflichtung nichts geändert, sondern nur an die Stelle eines zu entlassenden ein neuer Verpflichteter, resp. Berechtigter ganz unter den alten Bedingungen aufgenommen wird, kann nicht als ein Eingriff in irgend welche bestehende Rechte betrachtet werden, sondern nur, wie das römische Recht selbst im weiteren Umfange anerkennt, als Verwaltungsact gelten. Auch wird in den Statuten, welche spezielle Genehmigung der Uebertragung der Mitgliedschaft durch den Verein verlangen, dieselbe also ganz wie eine Novation (freilich nicht selten unter dem Namen der Cession) behandeln, immer nur Genehmigung des verwaltenden und höchstens noch des kontrolirenden Vorstandes verlangt; von einer per majora oder durch Stimmeneinhelligkeit ausgesprochenen Zustimmung sämmtlicher Actionäre ist nie die Rede [53]). Der Vorstand einer Actiengesellschaft ist natürlich bei Bewilligung einer Novation, wie bei allen andern Handlungen der Gesellschaft wegen jeden Versehens verantwortlich, und er wird also den Schaden zu tragen haben, wenn er aus Nachlässigkeit oder

51) l. 20 §. 1 de novat. 46. 2.

52) a. a. O. S. 331.

53) Vergl. z. B. Bad. Schiff.-Assek.-Gesellsch. in Mannh. Art. 19. — Rhein. Schiff.-Assek.-Gesellsch. in Mainz Art. 11. — Versich.-Gesellsch. Agrippina in Cöln. § 13. — Rückversich.-Gesellsch. in Cöln. Art. 11. — Hagel-Assek.-Gesellsch. in Berlin. §. 9. vgl. 12. Deutsche Phönix-Ges. in Frankf. a. M. §. 19.

Arglist an die Stelle eines solventen Actionärs einen insolventen annahm; hingegen wird er dafür nicht verantwortlich gemacht werden können, daß ein von ihm neu aufgenommener Actionär, der zur Zeit der Aufnahme vollkommen solvent war, später durch nicht vorauszusehende Zufälle in Insolvenz gerieth. Der Vorstand darf durch die Gestattung der Novation die Lage der Gesellschaft in keiner Weise verschlimmern; er wird also namentlich durch dieselbe eine Theilung der statutenmäßig als kleinstes Maaß der Betheiligung festgesetzten Einheit nicht zulassen dürfen, d. h. er darf die Actie nicht theilen lassen, während er wohl zugeben kann, daß der Besitzer mehrerer Actien diese einzeln an verschiedene Personen abtritt. Hatte der seitherige Actionär für die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeiten Sicherheit leisten müssen durch Ausstellung eines Wechsels, durch Hinterlegung von Staatspapieren ꝛc., so muß dem an seine Stelle tretenden neuen Actionäre das Gleiche auferlegt werden u. dgl. m. Eine besondere Form für diese Novation gibt es gemeinrechtlich nicht, man müßte denn gerade aus der berüchtigten c. 8 C. de novat. VIII. 42. die Nothwendigkeit einer wörtlichen Erklärung: es solle novirt werden, ableiten und diese Nothwendigkeit noch zum Theil für praktisches Recht halten; die Statuten der einzelnen Gesellschaften verlangen aber häufig Eintragung des Namens des neuen Actionärs in die Bücher der Gesellschaft an der Stelle des alten; wo derartige Vorschriften bestehen, kann die Uebertragung der Mitgliedschaft (der Actie) der Gesellschaft gegenüber nicht eher rechtliche Wirkungen hervorbringen, als bis jener Form genügt ist, d. h. die Novation kann wirksam nur in dieser Form geschehen.

Gibt es nun außer dieser gewöhnlichen, ganz nach den Regeln des gemeinen Rechts zu beurtheilenden, Novation noch einen andern Weg, auf welchem bei Actiengesellschaften in Folge eigenthümlicher, bei ihnen getroffener Einrichtungen an die Stelle eines seitherigen Actionärs ein anderer treten kann? Diese Frage muß meiner Ansicht nach unbedenklich bejaht werden. Wir haben in unserem heutigen Obligationenrecht in den Papieren auf Inhaber ein Mittel gefunden, in eine bestimmte Obligation, welche bisher außerhalb dieses Rechtsverhältnisses stand, als selbstständiges und wirkliches Subject einzuführen, so daß die Person, an deren Stelle es tritt, vollkommen ausscheidet, und ohne daß das andere in der Obligation begriffene Subject bei diesem Hergange irgend wie thätig zu

sein braucht oder solchen auch nur durch seine freiwillige Thätigkeit fördern oder hindern könnte. Wer eine auf den Inhaber lautende Urkunde über ein Obligationsverhältniß in Händen hat, ist dadurch von selbst das eine Subject dieser Obligation, nicht bloßer mandatarius in rem suam des ursprünglichen Kontrahenten, an dessen Stelle er trat. Solche Papiere auf Inhaber können in Deutschland gemeinrechtlich beliebig von Privatpersonen in giltiger Weise ausgestellt werden, und es ist kein Hinderniß zu ersehen, welches ihrer Anwendung auch bei Actiengesellschaften im Wege stünde, sofern nicht ein besonderes Gesetz es verbietet. Der code de commerce (Art. 35) gestattet sogar diese Anwendung ausdrücklich. Werden nun in einer Actiengesellschaft Actien auf Inhaber ausgestellt, so kann dieß nach der anerkannten Bedeutung der angewendeten Form keinen andern Sinn haben, als daß jeder Actionär sich verpflichtet, jeden Inhaber einer solchen Actie als selbstständiges Subject der Gesellschaft zu betrachten; durch Erwerb der Actie erwirbt man die selbstständige Mitgliedschaft in dem Verein; durch ihre Veräußerung hört man auf, Mitglied desselben zu sein, ohne daß zur Hervorbringung des einen oder des andern Erfolges eine Mitthätigkeit der übrigen Gesellschafter erforderlich wäre oder, wenn sie versucht würde, jenen Erfolg fördern oder hindern könnte. Von den beiden bisher dargestellten Formen, wie in einer Actiengesellschaft ein Wechsel der Actionäre bewirkt werden kann, scheint die erstere schwerfälligere, aber die bleibenden Actionäre in keiner Weise gefährdende für den Fall geeignet, wenn die Actionäre die statutenmäßigen Beiträge noch nicht voll geleistet haben, die letztere leichter zu erfüllende für den Fall, wenn jene Beiträge vollständig prästirt sind, also auch durch den ungebundensten Wechsel in den Personen der Actionäre Niemandes Interesse mehr gefährdet werden kann. Es ließe sich auch Manches für ein Gesetz sagen, welches die Anwendung der letzteren Form auf die letztere Voraussetzung beschränkte, und sie wird überhaupt nicht von solchen Gesellschaften gewählt werden, welche, wie z. B. Versicherungsgesellschaften, die versprochenen Beiträge nur einfordern, wenn die Unternehmung unglücklich ausfiel. Denn da hier aus der Mitgliedschaft kein Vortheil mehr erwartet werden kann, so würde man sich ihrer selbst unter Aufopferung der bereits geleisteten Einschüsse lieber entschlagen, um nur den vielleicht viel bedeutenderen Rest der versprochenen Beiträge nicht mehr leisten

zu müssen. Allein der Umstand, daß die fragliche Form, die Stellung der Papiere auf Inhaber, bisweilen unzweckmäßig sein kann, rechtfertigt es doch noch nicht, dieser Form da, wo sie wirklich angewendet ist, die Bedeutung abzusprechen, welche sie ihrer Natur nach hat, und man muß also meiner Ansicht nach anerkennen, daß, wenn eine Actiengesellschaft, gleichviel ob die Actionäre die versprochenen Beiträge schon voll prästirt haben oder nicht, Actien auf Inhaber ausstellt, jeder Inhaber und nur ein solcher Mitglied der Gesellschaft ist, daß also auch nur er zur Nachzahlung auf die erst theilweise geleisteten Beiträge angehalten werden kann. Darin daß eine Urkunde über ein Obligations-Verhältniß auf Inhaber gestellt wird, liegt mit rechtlicher Nothwendigkeit ausgesprochen, der Inhaber der Urkunde sei selbstständiges Subject der fraglichen Obligation; ist diese eine wesentlich zweiseitige, so ist er zugleich Gläubiger und Schuldner; es ist unmöglich, daß er selbstständiger Gläubiger und ein anderer, sein Autor, selbstständiger Schuldner sei [54]. Treitschke [55]) hält im Gegentheile den ursprünglichen Actionär, welcher eine auf Inhaber gestellte Actie vor der vollen Einzahlung veräußert, der Gesellschaft gegenüber für den eigentlichen und einzigen Schuldner, an welchen diese sich wegen der Nachzahlungen zu halten habe. Gleichwohl erkennt er an, daß nach vollständig geschehener Einzahlung die Uebertragung einer auf Inhaber gestellten Actie, welche doch nichts anderes als eine Urkunde über die Mitgliedschaft in dem Vereine ist, jeden Inhaber zum selbstständigen Mitgliede der Gesellschaft mache und den Austritt des Veräußernden aus derselben bewirke, d. h. daß die Uebertragung der Actie ganz die Wirkung der Novation habe; ja der genannte Schriftsteller gibt sogar zu, daß der spätere Erwerber einer noch nicht voll eingezahlten auf Inhaber gestellten Actie selbstständig und allein mit Ausschluß des ursprünglichen Actionärs in der Gesellschaft berechtigt sei, was er doch nur als wirkliches Mitglied derselben sein kann. Mit diesen von Treitschke selbst zugegebenen Rechtssätzen scheint mir seine oben angeführte Behauptung, bei Veräußerung einer auf Inhaber gestellten, nicht voll eingezahlten Actie bleibe der ursprüngliche Actionär der Gesellschaft gegenüber der all-

---

54) Vergl. Pardessus a. a. O. p. 263.
55) a. a. O. S. 330 ffg.

einige und selbstständige Schuldner, in unauflöslichem Widerspruche zu stehen. — Die Unsolidität einer Actiengesellschaft, welche vor vollständiger Erfüllung der versprochenen Leistungen Actien auf Inhaber ausstellt, ist übrigens keineswegs so groß, als manche Gegner der hier vertheidigten Ansicht behaupten. Es kommt dieses Verfahren nämlich regelmäßig nur bei solchen Gesellschaften vor, welche mit ihrem Kapitale Anschaffungen machen, Bauanlagen unternehmen u. dergl. m., aus deren Wiederveräußerung oder Benutzung der Gewinn der Gesellschaft entstehen soll, und zwar pflegen die Actien erst dann auf Inhaber gestellt zu werden, wenn schon gewisse Prozente eingezahlt und verwendet sind. In dem Augenblick, in welchem der Aus- und Eintritt in die Gesellschaft dem freien Belieben der Einzelnen überlassen wird, ist also schon ein fruchtversprechender Fond vorhanden, und die ganze Unternehmung müßte sehr schlecht berechnet oder gleich von außerordentlichen Unglücksfällen heimgesucht gewesen sein, wenn es vortheilhafter sein sollte, sich von der Nachzahlung des noch rückständigen Restes der versprochenen Beiträge durch Aufgeben des bereits eingeworfenen und nicht verlorenen Werthes zu befreien, als jenen Rest zu zahlen und dafür den auf die ganze Actie kommenden Gewinn zu beziehen. So lange die Gesellschaft nur noch einen Gewinn verspricht, welcher in einem angemessenen Verhältnisse zu dem noch einzuzahlenden Reste des ganzen versprochenen Beitrages steht, wird sie ganz gefahrlos auch die noch nicht voll eingezahlten Actien auf Inhaber stellen können. In der Praxis finden sich Beispiele, daß Actien, noch ehe sie voll eingezahlt sind, auf Inhaber gestellt werden, und dann hinsichtlich des Aus- und Eintritts in die Gesellschaft ganz die obigen Grundsätze und ihre Folgen zur Anwendung kommen; ebenso oft findet sich aber auch das Gegentheil ausgesprochen, daß der ursprüngliche Actionär, so lange er noch nicht voll eingezahlt hat, nur in Folge einer wirklichen, von der Gesellschaft bewilligten Novation aus- und nur eben dadurch ein anderer an seiner Stelle als Actionär in den Verein eintreten kann. Eine ohne Einwilligung der Gesellschaft geschehene Uebertragung einer Actie wirkt nur wie eine Cession, d. h. der Erwerber derselben kann zwar die Rechte seines Autors ausüben, und natürlich muß die Gesellschaft auch die von ihm für jenen geleistete Zahlung annehmen; aber selbstständiger wirklicher Actionär ist nicht der Cessionar, sondern der Cedent, an den also auch wegen der

Nachzahlungen die Gesellschaft sich zu halten hat. Nach vollständig geschehener Einzahlung werden die Actien fast immer auf Inhaber gestellt; umgekehrt findet sich aber auch bisweilen die Beschränkung, daß nicht einmal eine Novation vor Einzahlung eines gewissen Theils des ganzen versprochenen Beitrags bewilligt werden darf [56]). Die in den einzelnen Statuten zu Bezeichnung der fraglichen Verhältnisse gebrauchten Ausdrücke sind gleichgiltig, und es kommt also z. B. gar nichts darauf an, ob die auf Inhaber gestellten Urkunden über die Mitgliedschaft in der Gesellschaft Actien heißen, oder mit irgend einem andern Namen bezeichnet werden, wie Actienpromessen, Interimsscheine, Quittungsbogen u. s. w.; der Erfolg ist immer derselbe. Die Ausstellung einer Urkunde über ein Obligationsverhältniß auf Inhaber macht den Besitzer zum Subject der fraglichen Obligation und stellt daher Aus- und Eintritt in jenes Obligationsverhältniß in die freie Willkühr des jedesmaligen Inhabers. Soll der ursprüngliche Actionär dessenungeachtet der Gesellschaft wenigstens bis zu einem gewissen Betrage haften, so ist dieß in den Statuten ausdrücklich festzusetzen, wie es z. B. in den oben citirten Statuten der beiden baierischen Eisenbahn-Gesellschaften (§. 24) geschehen ist. Als eigentlicher Actionär ist übrigens in solchem Falle dennoch der jeweilige Inhaber zu betrachten, und der ursprüngliche Actionär haftet nur neben ihm für den festgesetzten Betrag als Korrealschuldner. — Wenn die Actien einer Gesellschaft zwar auf Namen ausgestellt sind, aber in rechtsgiltiger Weise festgesetzt ist, sie sollten durch Indossament übertragen werden können, so hat eine in dieser Form wirklich geschehene Uebertragung ganz dieselben rechtlichen Wirkungen, wie die Besitzübergabe einer auf Inhaber lautenden Actie; denn auch das Indossament macht, wo es zulässig ist, den Indossatar zum wirklichen selbstständigen Subjecte des Obligations-Verhältnisses, über welches die indossirte Urkunde ausgestellt ist. Werden in einer Actiengesellschaft den Mitgliedern gar keine Urkunden über ihre Mitgliedschaft ausgefertigt, sondern ihre Namen nur in

56) Vergl. Stat. d. Bair. Eisenb.-Gesellsch. f. d. Rheinsch.-Bexb. Eisenb. §. 24. 35. 36. — Der Bair. Eisenb.-Gesellsch. f. d. Ludwigsh.-Wormſ.-Eisenb. §. 24. 35. 36. — Der Schweiz. Nordb.-Gesellsch. §. 7. 8. — Dagegen St. d. Leipz Bank. §. 6. — D. Berl.-Frankf. Eisenb.-Gesellsch. §. 8. 12.

die Bücher der Gesellschaft eingetragen und ihnen nur über die jeweils geleisteten Beiträge einfache Quittungen ausgestellt, so fällt mit der nothwendigen Voraussetzung der bisher erörterten leichteren Form der Uebertragung der Mitgliedschaft in dem Vereine, einer schriftlichen Urkunde über dieselbe, auch die Möglichkeit dieser Uebertragungsart weg, und es bleibt also nur der gewöhnliche Weg des gemeinen Rechts übrig, die unter Mitwirkung der Gesellschaft geschehende Novation. — Bei Gesellschaften zu gegenseitiger Versicherung kann ein Actionär seine Mitgliedschaft natürlich nur dann auf einen andern übertragen, wenn die faktischen Voraussetzungen derselben zugleich auf den Erwerber übergehen, wenn also z. B. der versicherte Gegenstand an diesen mitverkauft wird. Demnach wäre in gegenseitigen Lebensversicherungs-Gesellschaften eigentlich ein Wechsel der Mitglieder nicht möglich; doch pflegt auch hier gestattet zu werden, daß an die Stelle eines seitherigen Theilnehmers eine andere Person von gleichem oder solchem Alter tritt, wornach der neu Eintretende, als Versicherter, der Gesellschaft bessere Aussichten gewährt, als sein Autor [57]).

Wenn aus freier Willkühr eines seitherigen Actionärs die Mitgliedschaft in einem Actienvereine auf eine andere Person übertragen werden soll, so ist die Gesellschaft immer gegen die Zerstückelung einer Actie gesichert: durch die Verweigerung ihrer Einwilligung, wenn die Uebertragung auf dem Wege wirklicher Novation geschehen soll; durch die Untheilbarkeit der über die Mitgliedschaft ausgestellten Urkunde, wo die Uebertragung durch Uebergabe dieser Urkunde oder auf sie gesetztes Indossament bewerkstelligt wird. Wenn hingegen ein außer der Willkühr des Einzelnen liegendes Ereigniß den Uebergang jener Mitgliedschaft von einer Person auf eine andere bewirkt, so könnte leicht eine Zerstückelung einer einzelnen Actie veranlaßt werden, wenn jenes Ereigniß mehrere Personen zusammen zum Rechtsfolger des Besitzers einer einzigen Actie beriefe, wie namentlich durch Erbfall oft geschehen wird. Häufig ist nun durch die Statuten ausdrücklich ausgesprochen, es solle die Einheit, welche als geringstes Maaß der zulässigen Betheiligung in der Gesellschaft gilt (eine Actie), dieser gegenüber nicht getheilt werden dürfen [58]).

57) Vergl. überhaupt noch Pöhls a. a. O. S. 242 ffg.

58) Vergl. z. B. Stat. der Actiengesellsch. f. d. Main-Donau-Kanal §. 16.

Wo die Statuten eine derartige Bestimmung ausdrücklich enthalten, hat es dabei natürlich sein Bewenden, und die mehreren Erben des Besitzers einer Actie haben sich darüber zu verständigen, wer der Gesellschaft gegenüber als Mitglied gelten, ob er die aus der Mitgliedschaft entspringenden Rechte zu Gunsten seiner Miterben, oder nach deren definitiver Abfindung für sich selbst ausüben soll u. dgl. m. Wo aber auch die Untheilbarkeit der Actien nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, wird sie doch regelmäßig als durch die ganze Anlage einer Actiengesellschaft stillschweigend festgesetzt angenommen werden müssen. Dafür spricht z. B. die Zerlegung des zusammenzubringenden Kapitals in eine Anzahl gleicher Theile und die Art, wie der einzelne beitretende Actionär das Maaß der Leistungen bestimmt, zu welchen er sich verpflichtet; er drückt dieß nämlich nicht direkt in einer bestimmten Summe, sondern dadurch aus, daß er angibt, wie viele jener Theile er beisteuern wollte; darin liegt, es mag nun einer einen oder mehrere Theile zu leisten übernehmen, doch immer die stillschweigende Uebereinkunft, daß eine Theilnahme an der Gesellschaft nur auf der Grundlage jener Theile zulässig sein, und daß ein einzelner derselben nicht weiter zerlegt werden solle. Zu demselben Resultate führt die Sitte, daß für je einen Theil eine besondere Urkunde über die Mitgliedschaft ausgefertigt wird, worin eben wieder ein Anerkenntniß liegt, daß nur auf der Basis dieser Theile, durch Uebernahme wenigstens eines einzigen Ganzen (einer Actie), eine Betheiligung an der Gesellschaft möglich sein solle.

§. 12. Formelles Verhältniß zwischen der Gesellschaft im Ganzen und den einzelnen Actionären.

Die Rechte und Verbindlichkeiten, welche die Mitglieder einer Actiengesellschaft sich gegenseitig zu gewähren und gegeneinander zu erfüllen haben, werden alle durch Vermittelung des Organs der Gesellschaft, ihres Vorstandes, realisirt oder gar unmittelbar von der Gesammtheit der Actionäre in General-Versammlungen ausgeübt, so daß die Gesellschaft als ein selbstständiges, von ihren Gliedern verschiedenes Rechtssubjekt erscheint, auf welches jene Rechte und Verbindlichkeiten sich scheinbar beziehen. Diese Form der Actiengesellschaften ist in ihr nicht etwas Zufälliges, sondern sie gehört wesentlich zu dem rechtlichen Charakter dieses Instituts und ist die Quelle mancher folgenreicher, bei demselben geltender Rechtssätze.

Eine Folge dieser eigenthümlichen Form der Actiengesellschaft ist es, daß der Vorstand derselben, und nur er, die einzelnen Mitglieder zur Erfüllung der von ihnen versprochenen Leistungen im Namen der als ein selbstständiges Rechtssubjekt fingirten Gesellschaft anhalten kann, während es dem Einzelnen nicht gestattet ist, die seiner Betheiligung an der Gesellschaft entsprechende Rate der von den andern versprochenen Leistungen für sich von diesen zu verlangen. Nur der Vorstand der Gesellschaft ist zur Einforderung oder zur Annahme der Zahlungen legitimirt; den einzelnen Actionären fehlt die Legitimation zu dem einen oder dem andern, so daß derjenige Actionär, welcher einigen seiner Genossen die dem Antheile derselben an der Gesellschaft entsprechende Quote seiner ganzen geschuldeten Leistung prästirt hätte, dadurch nicht bis zum Belaufe jener Quote liberirt würde, sondern nochmals den vollen Betrag in die Gesellschaftskasse einzahlen müßte. Denn das Verhältniß wird formell so aufgefaßt, als schulde der einzelne Actionär die von ihm versprochene Leistung nicht seinen Genossen, jedem pro rata, sondern so, als sei er Schuldner der Gesammtheit, diese als ein künstliches, selbstständiges, von den einzelnen Actionären verschiedenes Rechtssubjekt gedacht. Umgekehrt kann ein Actionär die Rechte, welche er als Einzelner in der Gesellschaft auszuüben befugt ist, nicht seinem einzelnen Genossen sondern nur der Gesellschaft als einem Ganzen gegenüber geltend machen. Bei der Einforderung der Dividende versteht sich dieß freilich schon faktisch von selbst, weil das hier einzufordernde Objekt nicht in den Händen der einzelnen Actionäre, sondern in der Gesellschaftskasse unter der Gewalt des Vorstandes sich befindet. Das Gleiche gilt aber rechtlich auch da, wo faktisch ein anderes Verfahren denkbar wäre, und so kann z. B. ein Actionär, welchem bei Bildung von Gesellschaftsbeschlüssen die ihm statutenmäßig zukommende Anzahl von Stimmen nicht eingeräumt wird, sich deßhalb nicht an seine einzelnen Genossen, sondern nur an die Gesellschaft halten, repräsentirt durch ihre statutenmäßigen Organe; denn formell gilt nicht der einzelne Actionär, sondern die als ein einziges Ganze aufgefaßte Gesammtheit aller Actionäre als verpflichtet, die dem einzelnen Mitgliede der Gesellschaft statutenmäßig zukommenden Rechte demselben zu gewähren. Uebereinstimmend mit den hier vorgetragenen Grundsätzen enthalten die Statuten solcher Gesellschaften, welche wegen der noch nicht eingezahlten Leistungen Ausstellung von Schuldscheinen

von Seiten jedes einzelnen Actionärs verlangen, die Vorschrift: jener Schuldschein, häufig ein Wechsel, sei an die Gesellschaft auszustellen [59]), oder an die Direction oder die Directoren, ohne deren Namen zu nennen [60]). Aus dem Gebrauche des abstrakten Ausdruckes „Direction" oder „Directoren" ohne Nennung bestimmter Namen geht zur Genüge hervor, daß die Gesellschaft als Ganzes als das zur Einkassirung des Schuldscheines berechtigte Subjekt gedacht wird, statt dessen das dasselbe vertretende Organ genannt wird. Diesem Organe selbst gegenüber, wenn ihm Schuld gegeben wird, seine Befugnisse überschritten oder seine Obliegenheiten nicht gehörig erfüllt zu haben, kann freilich die Gesellschaft als Ganzes nur auftreten, sofern jenem eine zweite kontrolirende Behörde zur Seite steht, welche statutenmäßig im vorausgesetzten Falle zur Vertretung der Gesellschaftsinteressen berufen ist, oder nachdem an die Stelle des removirten angeschuldigten Vorstandes ein neuer ernannt wurde. Glaubt ein Einzelner, der Vorstand der Gesellschaft habe sich einer Rechtsverletzung schuldig gemacht, ohne daß die statutenmäßig zur Kontrole berufene Behörde oder die etwa zusammengetretenen Actionäre selbst in ihrer Gesammtheit diese Ansicht theilen, so steht es ihm frei zur Beseitigung der behaupteten Rechtsverletzung den Schutz des Richters anzurufen. Er kann in einem solchen Rechtsstreite nur dann siegen, wenn es sich um einen Punkt handelt, über welchen ohne Zustimmung jedes Einzelnen eine gültige Entscheidung nicht gefaßt werden konnte; denn handelte es sich um eine per majora entscheidbare Sache, so kann, abgesehen von einem dolus der Gegenpartei, nicht von einer Verletzung des Rechts, sondern nur von einem Unterliegen der individuellen Ansicht des Ueberstimmten die Rede sein. In gleicher Weise steht die Geltendmachung der statutenmäßig festgestellten, in der Regel aber nur gemeinsam auszuübenden Rechte jedem einzelnen Actionäre für sich zu, wenn die Gesellschaft selbst über jene gemeinsamen Rechte und die ihnen entsprechenden Verbindlichkeiten in statutenwidriger Weise verfügt, wenn sie z. B. über Punkte, über welche nur Stimmeneinhelligkeit oder eine Majorität

---

59) Stat. d. deutschen Phönix in Frankf. a. M. §. 14.

60) Stat. d. Berl. Hagel-Assek.-Gesellsch. §. 5., Rheinschiff.-Assek.-Gesellsch. in Mainz Art. 6. Bad. Schiff.-Assek.-Gesellsch. in Mannh. Art. 5.

von $^2/_3$ nach den Statuten entscheiden kann, durch einfache Majorität Beschlüsse faßt. Um eine solche Rechtswidrigkeit rückgängig zu machen, hält sich der dadurch Betroffene an die Gesellschaft als Ganzes, repräsentirt durch ihren Vorstand; denn so lange sie constituirt bleibt, erscheinen die reell den Einzelnen obliegenden Verbindlichkeiten formell als eine Pflicht der als ein selbstständiges Rechtssubjekt gedachten Gesellschaft, so daß nur sie, vertreten durch ihre statutenmäßigen Organe, als passiv zur Sache legitimirt gelten kann. Sie als Ganzes hat das faktisch verletzte Recht des Einzelnen diesem auf Grund der Statuten zu restituiren. Freilich werden aber die Actionäre, welche den rechtswidrigen Beschluß faßten, verpflichtet sein, der Kasse der unterliegenden Gesellschaft die aufgewendeten Prozeßkosten zu vergüten, da die Verschuldung nicht die Gesellschaft als solche, sondern jene als einzelne Personen trifft, und andern Falls der in seinem Rechte verletzt gewesene Actionär die Kosten, welche die Beseitigung der Rechtsverletzung ihm veranlaßte, zum Theil selbst tragen müßte, nämlich pro rata seiner Betheiligung an der Gesellschaft. Wurde eine Gesellschaft, die rechtlich hätte aufgelöst werden müssen, durch rechtswidrigen Beschluß fortgesetzt, so kann der Verletzte eine in der gewöhnlichen Weise auszuführende Liquidation verlangen (s. unten §. 14). Außerdem haftet ihm aber auch der Vorstand persönlich, weil er trotz Ablaufes seines Mandats seinem Mandanten nicht herausgibt, was er von dessen Sachen in Händen hat; und wurde mittlerweile der Vorstand geändert, so haftet der abgetretene, sofern ihm die Uebergabe des Gesellschaftsvermögens an einen widerrechtlichen Vorstand zum Vorwurfe gereicht, und dieser neue wegen des ungerechtfertigten Besitzes fremder Sachen. Ist umgekehrt eine Actiengesellschaft durch einen widerrechtlichen Beschluß aufgelöst, so kann der Verletzte, da es hier an einem gemeinsamen Organe der Gesellschaft fehlt, sich natürlich nur an die Einzelnen halten. — Der in dem Bisherigen erörterte Punkt ist einer von denjenigen, in welchen es sich am klarsten zeigt, daß die Actiengesellsellschaft, sosehr sie auch den Schein einer juristischen Person an sich trägt, weil sie eben formell als ein besonderes selbstständiges Rechtssubjekt gilt, dieß doch in der That und Wahrheit nicht ist. Verletzt die Gesammtheit ein Recht, welches regelmäßig nur von ihr ausgeübt werden kann, so steht es jedem Einzelnen frei, in eigenem Namen auf Anerkennung dieses Rechtes zu

bringen; ein sprechender Beweis dafür, daß er als selbstberechtigtes Subjekt gilt und nur formell das künstliche Subjekt der Gesammtheit jenem Rechte unterschoben ist.

Auf der formellen Verschiedenheit der Gesellschaft als eines Ganzen von den einzelnen Actionären beruht ferner die Möglichkeit, daß der Einzelne Rechtsgeschäfte mit der Gesellschaft eingeht, welche ihrem vollen Betrage nach gültig sind, und nicht durch Konfusion pro rata der Betheiligung jenes Einzelnen an der Gesellschaft untergehen. Der Actionär, welcher aus einem selbstständigen Rechtsgeschäfte Gläubiger oder Schuldner der Gesellschaft wurde, hat also den vollen Betrag der Obligation zu fordern, resp. zu leisten, ohne daß ihm oder von ihm der Einwand entgegengehalten werden kann, er sei als Mitglied der Gesellschaft in der fraglichen Obligation selbst pro rata Schuldner oder Gläubiger, in diesem Maaße also seine Forderung oder seine Schuld von selbst erloschen. Es versteht sich von selbst, daß durch das Gesagte die Zulässigkeit einer Kompensation nicht geläugnet werden soll zwischen der Forderung, welche ein Actionär als dritter Kontrahent an die Gesellschaft zu machen hat, und dem von ihm zu leistenden Beitrag oder umgekehrt zwischen seiner Schuld als dritter Kontrahent und seiner Forderung der Dividenden; nur ist bei einer solchen Kompensation die aus dem selbstständigen Rechtsgeschäfte entstandene Forderung oder Schuld des einzelnen Actionärs immer in ihrem vollen Betrage in Anschlag zu bringen, und nicht als pro rata der Betheiligung des Actionärs in der Gesellschaft durch Konfusion verringert anzusehen.

In Gemäßheit der entwickelten Grundsätze über das formelle Verhältniß zwischen der Gesellschaft als Ganzem und den einzelnen Actionären wird auch die Frage zu entscheiden sein, inwiefern der Einzelne beliebig Einsicht in die Bücher der Gesellschaft verlangen kann. Es steht ihm dieß meiner Ansicht nach im regelmäßigen Verlaufe des Geschäftes nicht zu; die Kontrole über die Verwaltung des Vorstandes, der als Vertreter eines Ganzen gilt, ist zunächst auch nur von der Gesellschaft als Ganzem, in der für die Thätigkeit der Gesellschaft festgesetzten Weise durch eine besondere dazu ernannte kontrolirende Behörde oder durch die General-Versammlung auszuüben, welche von dem Vorstande Bericht erstatten und diesen etwa durch besonders dazu ernannte Mitglieder noch genauer prüfen läßt. Da aber materiell durch den gemeinsam ernannten Vorstand

doch die eigenen Angelegenheiten der einzelnen Actionäre, nicht die eines von ihnen verschiedenen Rechtssubjectes verwaltet werden, so erwacht für jeden Einzelnen wieder das Recht auf Einsicht in die Bücher und spezielle Rechnungsablage, sofern es sich um eine ihm drohende oder ihm schon wirklich beigefügte Rechtsverletzung handelt [61]).

Endlich ist hier noch der Eigenthums-Verhältnisse einer Actiengesellschaft zu gedenken. Sie ist kein selbstständiges, von den einzelnen Actionären verschiedenes Rechtssubjekt, sie kann also auch nicht, als Ganzes aufgefaßt, Eigenthümerin der von der Gesellschaft erworbenen Sachen sein. Noch weniger kann das Eigenthum an denselben dem Vorstande zugeschrieben werden, der nur etwa die Pflicht hätte, es zum Besten der Actionäre zu verwalten und bei einstiger Auflösung der Gesellschaft den Werth desselben unter jene verhältnißmäßig zu vertheilen; denn der Vorstand der Gesellschaft kann sich bei allen seinen Handlungen nur als Vertreter fremder Rechtsinteressen betrachten, er will nicht für sich Eigenthum erwerben, und der Dritte, welcher ihm die fraglichen Sachen übergibt, will das Eigenthum daran nicht ihm, sondern der von ihm vertretenen Gesellschaft zuwenden. Die wahren Eigenthümer müssen mithin die Gesellschafter selbst sein, denn irgend noch ein anderes Subjekt des einmal vorhandenen Eigenthums ist nicht denkbar. Keine codomini des römischen Rechts sind aber freilich die Actionäre nicht. Wenn auch nach dem Gesagten jedem von ihnen ein ideeller Antheil an den im Eigenthume der Gesellschaft stehenden Sachen zugeschrieben werden muß, so kann er doch wegen der besondern Form der Verbindung, in welche er sich eingelassen hat, nicht einmal über jene ideellen Antheile selbstständig für sich verfügen; denn formell gilt nur die Actiengesellschaft als Ganzes für berechtigt, formell wird sie als Subjekt des Eigenthumes angesehen, über welches also, wie über alle Gesellschaftsrechte, nur gemeinsame von der Gesellschaft als Ganzem ausgehende Verfügungen getroffen werden können, so daß an Sachen, an welchen eigentlich ein condominium Statt findet, ein ungetheiltes Eigenthum eines einzigen Rechtssubjektes vorhanden zu sein scheint. Ein Mitglied einer Actiengesellschaft, welche Grundeigenthum besitzt, müßte also streng genommen im Verhältniß seines

---

61) Vergl. Pöhls a. a. O. S. 252 fg. Pardessus a. a. O. p. 248.

Antheils an der Gesellschaft rechtlich selbst als Grundeigenthümer gelten; die Praxis scheint sich aber zu einer entgegengesetzten Auffassungsweise hinzuneigen, und mag, wenn sie die durch Gesetze den Grundeigenthümern eingeräumte besondere Stellung den Actionären der fraglichen Art nicht zugesteht, dabei nicht selten wenigstens den Geist jener Gesetze für sich haben, welche meistens in dem Eigenthume an Grund und Boden eine besonders dauerhafte Berechtigung erblicken, während das Mitgliedschaftsrecht in einer Actiengesellschaft gewöhnlich einem sehr raschen Wechsel unterworfen ist.

Da das Eigenthum in einer Actiengesellschaft, obgleich es an sich pro rata den Actionären gehört, doch formell der Gesellschaft als einem besonderen Rechtssubjekte zugeschrieben wird, so ist es möglich, daß an den im Eigenthume der Gesellschaft stehenden Sachen die einzelnen Actionäre Servituten erwerben; denn der Satz, es könne Niemanden an einer Sache, an welcher er mit andern zusammen ein condominium hat, eine Servitut konstituirt werden (abgesehen vom ususfructus), ist lediglich das Resultat einer logischen Schlußfolgerung aus dem Satze, daß eine Servitut ein dingliches Recht an einer fremden Sache ist, welches sich auf die Substanz dieser Sache bezieht. Da über diese nicht ein einzelner codominus für sich, sondern nur alle zusammen verfügen können, so ist es nicht möglich, daß einem von ihnen an der gemeinschaftlichen Sache eine Servitut von den andern bestellt würde, weil diese eine derartige Disposition vorzunehmen nicht befugt sind; er selbst kann sich aber an der gemeinschaftlichen Sache, soweit sie ihm gehört, keine Servitut bestellen, weil diese ihrem Begriffe nach ein dingliches Recht an *fremder* Sache ist. Da nun in der Actiengesellschaft die Disposition über das Eigenthum derselben, wie über alle andern ihr zustehenden Rechte, nothwendig von der Gesammtheit ausgeht, diese als ein von den Einzelnen formell verschiedenes Rechtssubjekt gedacht, so fällt jene Schwierigkeit weg; und daß an einer gemeinschaftlichen Sache zu Gunsten eines codominus eine Servitut *bestehen* kann, erkennt schon das römische Recht an, indem eine Realservitut dadurch nicht untergeht, daß der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes codominus des dienenden wird. Umgekehrt kann auch der einzelne Actionär an seiner Sache der Gesellschaft giltig Servituten einräumen. Wie eine Realservitut bestehen könne zwischen einem Grundstücke der Gesellschaft als praedium dominans und einem Grundstücke

eines einzelnen Actionärs als praedium serviens, bedarf nach dem Bisherigen einer besondern Auseinandersetzung nicht mehr. Daß man mehreren Personen zusammen eine Personalservitut an seiner Sache bestellen kann, unterliegt schon nach römischem Rechte keinem Zweifel; insofern aber ein Actionär der Gesammtheit seiner Genossen eine Personalservitut an seiner Sache einräumt, gilt, wie bei allen Rechten, die Gesellschaft im Ganzen, als ein besonderes Rechtssubject aufgefaßt, als der Servitutenberechtigte, so daß also die Servitut selbst durch den Tod aller zur Zeit ihrer Bestellung vorhandenen Actionäre nicht untergeht, und bei ihrem Austritte aus der Gesellschaft nicht ihnen folgt, sondern unter der Form, als stehe sie der Gesellschaft als Ganzem zu, nunmehr den neu eingetretenen Actionären zu Gut kommt.

§. 13. Rechtsverhältnisse zwischen der Actiengesellschaft und dritten Personen.

Der Fundamentalsatz, von welchem bei der Beurtheilung der Rechtsverhältnisse einer Actiengesellschaft zu dritten Personen ausgegangen werden muß, ist der, daß jeder Actionär für alle von der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, die aus denselben entspringende Verbindlichkeit belaufe sich so hoch als sie wolle, doch immer nur bis zum Betrage der ursprünglich von ihm versprochenen Leistung haftet. Es wird dieser Satz so ziemlich in allen Gesellschaftsstatuten ausdrücklich ausgesprochen sein; er versteht sich aber in allen Fällen schon von selbst, in welchen das Vorhandensein einer Actiengesellschaft außer Zweifel ist; denn er ist einer der wesentlichsten und vielleicht der im Bewußtsein des Publikums am klarsten hervortretende Rechtssatz unter allen bei Actiengesellschaften anzuwendenden Rechtsregeln. Die Frage, ob er als eine Abweichung vom römischen Rechte gelten dürfe, ohne in jedem einzelnen Falle durch die Staatsbehörde (richtiger die gesetzgebende Gewalt) sanctionirt zu sein, berühre ich hier nicht weiter, da sie mit der oben erörterten zusammenfällt, ob die Actiengesellschaft mit den ihr zukommenden Eigenthümlichkeiten und ihren Abweichungen von der römischen societas zu ihrer Entstehung stets eines Privilegs bedürfe, oder schon in Gemäßheit des gemeinen Rechts sich bilden könne. Nur erinnere ich daran, daß die hervorgehobene beschränkte Haftung der einzelnen Actionäre keine so große Abnormität ist, als man bisweilen anzu-

nehmen scheint. Sie hat nicht den Sinn: der Actionär hafte für eine übernommene Verbindlichkeit nur mit einem Theile seines Vermögens, obgleich der Betrag der Verbindlichkeit größer sei; sondern sie bedeutet: der Actionär macht sich nur zur Zahlung einer bestimmten Summe verbindlich, wenn auch die auf seine und seiner Genossen Rechnung unternommenen Rechtsgeschäfte nach ihrem Betrage an sich für seinen Antheil eine größere Verbindlichkeit erzeugen würden; für die wirklich versprochene Leistung haftet aber der Actionär, wie jeder Schuldner, mit seinem ganzen Vermögen. Die Möglichkeit eines Geschäftsverkehres zwischen den Actionären und dritten Personen bei der Beschränkung, welche die ersteren allen von ihnen zu übernehmenden Verbindlichkeiten beifügen, beruht darauf, daß die Actionäre in ihrer Gesammtheit als ein selbstständiges Ganzes erscheinen, auf dessen gedachtes Vermögen, die Gesammtsumme aller von den Einzelnen zu leistenden Beiträge, die mit der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bezogen werden. Indem dieselbe formell als ein selbstständiges, von den einzelnen Actionären verschiedenes Rechtssubjekt gilt, ist mit vollkommener Sicherheit dafür gesorgt, daß den dritten Kontrahenten der Werth, auf welchen sie bei Abschluß der Geschäfte mit der Gesellschaft zu ihrer Befriedigung rechneten, nicht entzogen werden kann; denn die einzelnen Actionäre können sich von der Prästation ihrer versprochenen Leistung, dem Maaße bis zu welchem sie für die Geschäfte der Gesellschaft dritten Kontrahenten haften, nicht dadurch liberiren, daß sie sich unter einander pro rata ihrer Betheiligung jene Leistungen erfüllen oder unter einander kompensiren, sondern nur die Einzahlung der versprochenen Leistung in die Kasse der formell als ein selbstständiges Rechtssubjekt geltenden Gesellschaft liberirt den Einzelnen seinen Genossen und dritten Kontrahenten gegenüber. Die Mitglieder einer Actiengesellschaft schließen in ihrer Gesammtheit mit dritten Personen in der Art Rechtsgeschäfte ab, daß sie denselben formell als ein einziges, künstliches, selbstständiges, von ihren einzelnen physischen Personen verschiedenes Rechtssubjekt gegenübertreten, und die Rechtsverhältnisse einer solchen Gesellschaft zu dritten Personen, mit welchen sie sich in Verkehr einließ, sind demnach, obgleich materiell die einzelnen Actionäre die daraus verpflichteten und berechtigten Subjekte sind, doch ganz so zu beurtheilen, als bezögen sie sich auf das als besonderes Rechtssubjekt gedachte Ganze der Gesellschaft. Die dritten Kontrahenten klagen,

um zu ihrer Befriedigung zu gelangen, gegen die Gesellschaft, repräsentirt durch ihren jeweiligen Vorstand, auch aus solchen Rechtsgeschäften, welche sie mit einem früheren, mittlerweile abgetretenen Vorstande abgeschlossen haben; denn vermöge einer rechtlichen Fiction gilt die Gesellschaft als verpflichtetes Subjekt, obgleich sie der That nach gar kein selbstständiges Rechtssubjekt ist. An die einzelnen Actionäre kann der Dritte sich nicht halten, selbst nicht um sie zur Leistung der versprochenen Beiträge anzuhalten; denn er kontrahirte nur mit dem formellen Rechtssubjekt, der als Ganzes aufgefaßten Gesellschaft; kann diese aus ihren vorhandenen Mitteln ihn nicht befriedigen, so nöthigt er sie, die ihr von den einzelnen Actionären zu leistenden Beiträge zu seinen Gunsten einzuziehen. Zweifelhafter ist die Entscheidung der Frage, ob der Vorstand der Gesellschaft, welcher mit dem dritten Kontrahenten ein Rechtsgeschäft abschloß, diesem persönlich daraus haftet. Die Geltung der Gesellschaft als juristische Person ist eine rein formelle; ihr Vorstand ist nicht das Organ eines seiner natürlichen Beschaffenheit nach des Wollens und Handelns unfähigen Rechtssubjektes, welches diesem die ihm abgehende Fähigkeit zu ersetzen hätte, sondern er ist der Beauftragte anderer physischer Rechtssubjekte, und man wird ihn also allerdings aus den von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäften insoweit für persönlich verantwortlich halten müssen, als dieß nach unserem Rechte überhaupt ein Mandatar, oder spezieller ein Institor ist. Bekanntlich ist es nun sehr bestritten, ob der Institor, welcher die Gränzen des ihm ertheilten Auftrages gehörig inne hielt, so daß die instit. actio gegen den Präponens rechtlich vollkommen begründet ist, doch dem dritten Kontrahenten persönlich mit seinem eigenen Vermögen hafte. Die Erörterung dieser Streitfrage gehört aber nicht hierher; ich begnüge mich damit, meine Ansicht auszusprechen, daß nach rein römischem Rechte der Institor allerdings in dem vorausgesetzten Falle persönlich haftet, daß er aber nach heutigem Rechte, sofern er sich als Institor zu erkennen gab, nur dafür einzustehen hat, daß die instit. actio gegen seinen Präponens rechtlich begründet sei [62]. Darnach haftet also der Vorstand einer Actiengesellschaft, welcher die Gränzen seiner Befugnisse gehörig einhielt, aus Geschäften, welche er für die Gesellschaft mit dritten Personen abschloß, diesen nicht

62) Vergl. v. Vangerow, Pandekten §. 661. III. S. 477.

persönlich, wie dieß auch der code de comm. (Art. 32) übereinstimmend mit den nach französischem Civilrechte über den Mandatsvertrag überhaupt geltenden Grundsätzen ausdrücklich ausspricht. Wie dritte Kontrahenten wegen Geltendmachung ihrer Forderungen sich nur an die Gesellschaft als Ganzes zu halten haben, so und aus denselben Gründen brauchen sie auch die übernommenen Verbindlichkeiten nur der Gesellschaft als Ganzes gegenüber zu erfüllen, und der einzelne Actionär als solcher ist nicht für legitimirt zu erachten, die Zahlung in der seiner Betheiligung an der Gesellschaft entsprechenden Rate zu verlangen oder anzunehmen; die an ihn in diesem Betrage geschehene Zahlung liberirt den Gesellschaftsschuldner der Gesellschaft gegenüber nicht bis zu jenem Betrage [63]).

Die Haftung der einzelnen Actionäre den dritten Kontrahenten gegenüber, vermittelt durch die zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Organe derselben, bestimmt sich lediglich nach dem Maaße der von jedem einzelnen versprochenen Leistungen, und da in dieser Beziehung auch die festgesetzte Zahlungszeit von Erheblichkeit ist, so können dritte Personen, zu deren Befriedigung die augenblicklich vorräthigen baaren Gelder oder sonstigen Werthobjekte der Gesellschaft nicht hinreichen, die Nachzahlungen von Seiten der Actionäre, welche die zu prästirenden Beiträge noch nicht vollständig eingeschossen haben, nur in den statutenmäßig bestimmten Fristen verlangen. Anderer Seits dürfen die einzelnen Actionäre den dritten Kontrahenten keinen Theil der Leistungen entziehen, welche zu prästiren sie sich ursprünglich in dem Gesellschaftsvertrage verpflichtet hatten. Da sie auf den Grund dieser von ihnen zu prästirenden Leistungen, welche sie freilich zunächst nur einander schulden, mit Dritten in Rechtsgeschäfte sich einlassen, den Werth jener Leistungen ihren Gläubigern als Objekt der Befriedigung versprechend, so können sie zum Nachtheile jener von den versprochenen Beiträgen sich gegenseitig nichts erlassen. Nach dieser Rücksicht ist die oben erwähnte, aber noch nicht erledigte Frage zu beantworten, ob die Actionäre, abgesehen von einem vorhandenen reinen Gewinne aus der von ihnen betriebenen Unternehmung, etwas unter sich vertheilen dürfen, etwa unter dem Titel einer Verzinsung der geleisteten Beiträge, so daß das dieser Gestalt Ausgetheilte von den Gesellschaftsgläubigern nicht mehr zu-

---

63) Vergl. Treitschke a. a. O. S. 346 fg. Pöhls a. a. O. S. 255.

rückgefordert werden kann, selbst wenn die vorhandenen Gesellschafts-fonds zu ihrer Befriedigung nicht hinreichen sollten. Es ist klar, daß eine Austheilung der fraglichen Art nur aus den zusammen-gebrachten Kapitalien geschehen kann, welche gegenseitig zu leisten die Actionäre durch den Gesellschaftsvertrag sich verpflichteten, und welche sie, dieselben als das Vermögen eines formellen, selbstständigen Rechtssubjektes konstituirend, ihren Gläubigern als Objekt der Befriedigung versprochen; und eben so klar ist, daß in einem solchen Verfahren eine den Actionären zur Last fallende Verringerung des von ihnen ihren gegenwärtigen und künftigen Gläubigern zu deren Befriedigung versprochenen Vermögens liegt. Ja ein solches Verfahren wird regelmäßig, wenn nämlich die Beiträge noch nicht vollständig geleistet sind, sogar die Folge haben, daß die einzelnen Actionäre weniger einzahlen, als sie versprochen hatten; denn sie erhalten jeweils unter dem Titel von Zinsen einen Theil ihrer erst theilweise geleisteten Beiträge zurück, leisten diese also eigentlich nie vollständig. Manche Statuten, welche eine derartige s. g. Verzinsung der geleisteten Beiträge anordnen, schreiben direkt vor: es sollten die jeweils fälligen Zinsen den Actionären bei ihren späteren Einzahlungen kompensationsweise in Anrechnung gebracht werden [64]. Bei diesem Sachverhalte kann es keinem Zweifel unterliegen, daß an und für sich und ohne einen besonderen, die Verpflichtung der Actionäre einschränkenden, Vorbehalt dieselben verpflichtet sind, die ihnen unter dem Namen von Zinsen aus der Gesellschaftskasse baar oder durch Kompensation ausgezahlten Summen nöthigen Falls den Gesellschaftsgläubigern zu restituiren. Ein solcher Vorbehalt wird aber schon darin gefunden werden müssen, daß in den Statuten, welche ja bei der Beurtheilung der mit dritten Personen eingegangenen Rechtsgeschäfte die Basis bilden, ausdrücklich festgesetzt ist: es sollten die bereits geleisteten, von der Gesellschaft verwendeten, aber noch nicht Frucht tragenden Beiträge aus sich selbst baar oder durch Abrechnung auf den noch nicht prästirten Rest verzinst werden; denn in diesem Falle ist das Kapital, welches zusammenzubringen die

---

64) Stat. der Baier. Eisenb.-Gesellsch. f. d. Rheinsch.-Bexb. Eisenb. §. 34., der Bair. Eisenb.-Gesellsch. f. d. Ludwigshafen-Wormser Eisenb. §. 34., der Schw. Nordb.-Gesellsch. §. 12., der Berl.-Frankf.-Eisenb.-Gesellsch. §. 16.

Actionäre sich verpflichtet haben, leicht ersichtlich um so viel kleiner als die den Actionären unter dem Titel von Zinsen zu Gut kommenden Beträge ausmachen. Die in solcher Weise unter den Nominalwerth herabgesetzte Größe des Gesellschaftskapitals ist der statutenmäßig allein wahrhaft versprochene Betrag der Gesammtleistungen der Actionäre, bis zu welchem zu haften diese sich verpflichtet haben. Uebrigens halte ich es für verwerflich, derartige Bestimmungen in Statuten aufzunehmen, da sie für einen Vernünftigen keinen Zweck haben, aber leicht zu Täuschungen mißbraucht werden können; wo sie jedoch einmal statutenmäßig festgestellt sind, muß man ihnen auch die Bedeutung lassen, welche ihnen nach ihrem klaren Inhalte zukommt. Ein anderes Verhältniß findet Statt, wenn die voll oder theilweise geleisteten Beiträge, aus welchen die Verzinsung zu geschehen hat, nicht verbraucht, sondern, um als Garantie für die von der Gesellschaft übernommenen Verbindlichkeiten zu dienen, nutzbar angelegt sind [65]). Hier wird durch die Zinsenaustheilung nicht das Gesellschaftsvermögen verringert, sondern als eine von der Gesellschaft aus ihrem Geschäftsbetriebe gewonnene Frucht unter ihre Mitglieder vertheilt, und zwar nach dem Wortlaute solcher Statuten ohne Rücksicht auf sonstigen Gewinn oder Verlust der Gesellschaft. Da es aber der Sache nach sich hier nur um Vertheilung eines Gewinnes handelt und der für dasselbe gebrauchte Ausdruck an dem Verhältnisse nichts ändern kann, so fällt die Frage, ob und wiefern die von den Actionären gezogenen s. g. Zinsen der letztgenannten Art im Falle der Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens den Gesellschaftsgläubigern zu restituiren seien, mit der anderen gleich zu erörternden Frage zusammen, ob und inwiefern jene Restitutionspflicht hinsichtlich des von den Actionären als Dividende Empfangenen eintrete. Die Unterscheidung zwischen s. g. Zinsen und Dividenden kann dessen ungeachtet in anderer Beziehung von Wichtigkeit sein, indem z. B. von dem Gesammtbetrage des Erübrigten zuerst die s. g. Zinsen abgezogen und dann erst von dem Reste die als Dividende zu vertheilenden und die als Reservefond zurückzulegenden Prozente berechnet werden sollen, oder indem die besondere Zinsenberechnung zu einer wirklichen Verzinsung unter den

65) Stat. d. Berl. Hagel-Assek.-Gesellsch. §. 6., des deutschen Phönix in Frankf. a. M. §. 16.

Actionären für die von ihnen geleisteten Beiträge dient, die vielleicht nicht von allen in gleichem Verhältnisse eingeschossen sind [66]).

Zur Beantwortung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Actionäre gehalten seien, bei Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens den Gesellschaftsgläubigern das als Gewinn Gezogene zu restituiren, kann meiner Ansicht nach der oft hierher gezogene Satz des römischen Rechts nicht benutzt werden, daß Gewinn oder Verlust einer Gesellschaft nur nach dem Stande ihrer Angelegenheiten zur Zeit ihrer Auflösung zu beurtheilen sei [67]). Der fragliche Satz bezieht sich in der römischen societas lediglich auf das Verhältniß der socii unter einander und hat eine praktische Bedeutung wesentlich nur für den Fall, wenn eine andere Vertheilung des Gewinnes als des Verlustes verabredet ist; bei Vollzug einer derartigen Uebereinkunft soll nicht jeder einzelne Gewinn oder jeder einzelne Verlust besonders, sondern nur das Endresultat aller gemeinschaftlich unternommen Geschäfte berücksichtigt werden, so daß also entweder nur Gewinn oder nur Verlust in Betracht kommt. Ob die socii auch mit dem gemachten Gewinne ihren Gläubigern haften oder nicht, darüber spricht sich das römische Recht nicht aus, und es hatte auch gar keine Veranlassung dazu, da es den socius dem Sozietätsgläubiger bis zum vollen Betrage der von den sociis eingegangenen Verbindlichkeiten, und nicht bloß bis zum Belaufe der Summe haften läßt, welche jener in die Societät einzuschießen verpflichtet ist. Es war demnach keine Veranlassung vorhanden, die Frage aufzuwerfen, ob unter jener Summe der ursprüngliche Nominalwerth derselben, oder sie selbst mit Zurechnung alles seither aus ihrer Verwendung gezogenen Gewinnes zu verstehen sei. Zu einer richtigen Lösung der gestellten Aufgabe ist vielmehr nur durch Betrachtung der rechtlichen Natur der Actiengesellschaft zu gelangen. Jedes Mitglied einer solchen Gesellschaft verpflichtet sich, bestimmte Leistungen zu prästiren, auf welche es von Anfang an seine ganze Haftung für alle gemeinsam zu übernehmenden Verbindlichkeiten, sie seien so groß als sie wollen, beschränkt, und über welche hinaus kein Actionär irgend etwas Weiteres den Gesellschaftsgläubigern

---

66) Stat. d. deutschen Phönix in Frankf. a. M. §. 14. 15. 47.

67) §. 2. J. d. societ. III. 25. l. 30. pro socio 17. 2. Vergl. Pöhls a. a. O. S. 235 ffg.

zu ihrer Befriedigung zu prästiren braucht. Es versteht sich demnach von selbst, daß ein Actionär nicht verpflichtet sein kann, die Früchte, welche er aus der Verwendung der von ihm geleisteten Beiträge etwa bezogen hat, den Gesellschaftsgläubigern im Nothfalle zu überlassen. Dieses Resultat wird dadurch nicht geändert, daß die Actiengesellschaft formell als selbstständiges Rechtssubjekt gilt, auf dessen fingirtes, aus den von den einzelnen Actionären zu prästirenden Beiträgen gebildetes Vermögen alle von Dritten mit der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bezogen werden. Das s. g. Gesellschaftsvermögen ist nämlich in der That kein besonderes, selbstständiges Vermögen, da ein solches ohne ein selbstständiges Rechtssubjekt, dem es gehört, nicht gedacht werden kann; sondern die zusammengebrachten Gesellschaftsgüter gelten nur formell als ein besonderes Vermögen, und es können deßhalb die Gesellschaftsgläubiger den aus jenem s. g. Vermögen hervorgehenden Gewinn nicht aus dem Grunde als Objekt zu ihrer Befriedigung beanspruchen, weil die Frucht eines Vermögens selbst ein Theil desselben werde. Die wahren Herren der nur formell als ein besonderes Vermögen geltenden Gesellschaft sind die einzelnen Actionäre; ihnen gehören also auch die Früchte dieser Güter, und sie können, da sie nur bis zu einem ein für allemal bestimmten Betrage den Gesellschaftsgläubigern haften, nicht für verpflichtet erachtet werden, diesen Betrag durch Darauflegen der Summe zu erhöhen, welche sie als Gewinn aus dem mit ihren Beiträgen betriebenen gemeinsamen Unternehmen gezogen haben. — Bei Ermittelung dessen, was als Gewinn zu betrachten sei, ist in Ermangelung besonderer statutenmäßiger Anordnungen, in der im kaufmännischen Leben hergebrachten Weise zu verfahren. Es wird also im Zweifel jährlich ein Rechnungsabschluß Statt zu finden haben; die Abnutzungen an den der Gesellschaft gehörigen Sachen müssen dabei in Anschlag gebracht, laufende Risikos gehörig berücksichtigt werden ꝛc. Denn wenn es einer Actiengesellschaft an sich auch frei steht, ihr Kapital allmählig aufzuzehren, so darf sie dieß doch nicht zum Nachtheile ihrer Gläubiger thun; sie kontrahirt mit denselben unter Beziehung auf das Vermögen, welches sie sich als einem formell selbstständigen Rechtssubjecte beilegt, und aus welchem sie jene zu bezahlen verspricht; die Gläubiger sind daher, sofern ihnen nicht zum Voraus etwas Anderes gehörig zu erkennen gegeben wurde, zu verlangen berechtigt, daß mit jenem Vermögen, dem

ihnen zu ihrer Befriedigung versprochenen Objecte, in haushälterischer Weise verfahren werde, so daß nicht durch Verringerung des Grund- oder des laufenden Betriebskapitals scheinbare Erübrigungen angenommen werden dürfen. Wenn demnach in einem Jahre positiver Verlust erlitten wurde, so kann im folgenden und überhaupt so lange nicht von Gewinn die Rede sein, bis der Verlust ausgeglichen ist. Wenn, wie meistens geschieht, die Statuten die Bildung eines Reservefonds vorschreiben, so haben die Gläubiger ein Recht darauf, daß dieser nicht durch ungehörige Dividendenvertheilung verkürzt werde; denn in der Anordnung eines Reservefonds liegt von Seiten der Gesellschaftsmitglieder die Uebernahme der Verbindlichkeit, über den Betrag der ursprünglich übernommenen eigenen Leistung hinaus noch weiter bis zu dem Belaufe haften zu wollen, welchen nach dem jeweiligen Stande des Geschäfts der Reservefond haben werde. Darum wird ein Verlust in dieser auch erst wieder auszugleichen sein, ehe von Gewinn die Rede sein kann; denn so wie er einmal da war, vermehrte er das Gesellschaftsvermögen; durch Verluste, die er erleidet, wird folgenweise auch dieses vermindert und der erlittene Verlust muß wieder ersetzt sein, ehe Gewinn angenommen werden kann. Doch enthalten in dieser Beziehung viele Statuten besondere Bestimmungen, z. B. daß wegen Verluste des Reservefonds bis zu deren Deckung nicht alle Gewinnauszahlungen unterbleiben, sondern nur etwa höhere Prozente des Erübrigten, als sonst dem Reservefond so lange zugewiesen werden sollen, bis der Verlust wieder ausgeglichen ist. Bei solchen Bestimmungen hat es dann natürlich sein Bewenden.

Fand eine widerrichtliche Gewinnaustheilung Statt, gleichviel ob unter dem Namen von Zinsen oder dem einer Dividende, so sind bei später eintretender Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, die Restitution des widerrechtlich Ausgezahlten zu verlangen; doch werden sie in dieser Beziehung eine genügende Sicherheit nur in der Ehrenhaftigkeit des Vorstandes finden, der jede Widerrechtlichkeit vermeidet; denn zur Beseitigung des wirklich erlittenen Unrechtes stehen ihnen nur Rechtsmittel von sehr unsicherem Erfolge zu Gebote. Insofern die Vertheiler oder die Empfänger des widerrechtlich ausgetheilten Gewinns sich eines eigentlichen dolus schuldig gemacht haben, haften sie daraus natürlich den Gesellschaftsgläubigern mit der actio doli.

Eine andere Klage werden diese aber in der Regel nicht einmal gegen den Vorstand haben, der die Vertheilung vornahm. Denn für gehörige Erfüllung seines Auftrags ist er nur den Gesellschaftern, nicht den dritten Kontrahenten verantwortlich; und wenn auch jeder einzelne Actionär das Recht hat, gegen eine widerrechtliche Gewinnaustheilung zu protestiren, so ist doch durch Annahme des wirklich ausgetheilten Gewinnes von Seiten aller einzelnen Actionäre die geschehene Vertheilung von sämmtlichen Mandanten gutgeheißen, also eine Klage gegen den Vorstand wegen nicht ordnungsmäßiger Erfüllung des ihm ertheilten Auftrages nicht mehr möglich. Hätten einzelne Actionäre gegen die widerrechtliche Gewinnaustheilung Einsprache erhoben, so könnten allerdings bei einer später eintretenden Insolvenz der Gesellschaft die Gläubiger aus dem Rechte jener Actionäre gegen den Vorstand persönlich wegen Verletzung seines Mandats klagen, so daß also hier die actio doli überflüssig würde. Außerdem wird den Gesellschaftsgläubigern gegen die, wenn auch gutgläubigen Empfänger des widerrechtlich als Gewinn Ausgetheilten eine Klage auf Herausgabe des Empfangenen zu gestatten sein. Denn als Actionäre waren sie verpflichtet, den Gesellschaftsgläubigern in der statutenmäßig festgesetzten Weise zu haften; durch Annahme des widerrechtlich Ausgetheilten haben sie, wenn auch vielleicht ohne subjectives Verschulden, diese positive Pflicht verletzt und können sich nun nicht weigern, durch Herausgabe desjenigen, durch dessen Annahme sie eine auf selbstständigem Grunde beruhende Verbindlichkeit brachen, die dem Dritten damit zugefügte Rechtsverletzung wieder gut zu machen. Eine derartige Weigerung verstieße gegen alle bona fides; wer durch seine eigene Handlung eine ihm aus besonderem Grunde obliegende Verbindlichkeit verletzte und dadurch einem Dritten einen Schaden zufügte, kann die Wiederherstellung eines seiner ursprünglichen Verbindlichkeit entsprechenden Zustandes ohne Unredlichkeit nicht aus dem Grunde versagen, weil das die Rechtsverletzung enthaltende Factum ihm nicht zur Schuld anzurechnen sei. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß der Gegenstand der Klage sich verschieden bestimmt, je nach dem der Empfänger des widerrechtlich als Gewinn Ausgetheilten dabei in culpa war oder nicht; im ersten Falle wird er volle Entschädigung leisten müssen, im zweiten nur das zu prästiren haben, was der mit einer condictio sine causa Belangte restituirt. Hingegen ist es

gleichgültig, ob der Empfänger jenes widerrechtlich Vertheilten zur Zeit der Rückforderung noch Actionär ist oder nicht; denn die Klage beruht nicht darauf, daß er als jetziger Gesellschafter bestimmte Leistungen zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger zu prästiren habe, sondern darauf, daß er als früherer Actionär im Widerspruch mit seinen damaligen Verbindlichkeiten etwas annahm, das zu Gunsten der Gläubiger in dem Gesellschaftsvermögen hätte bleiben sollen.

Der Vorstand eines Actienvereins haftet wegen gehöriger Verwaltung und Verwendung des Vermögens derselben nur seinen Mandanten, den Actionären, nicht den dritten Kontrahenten, welche sich mit der Gesellschaft in Rechtsgeschäfte einlassen; ihnen macht er sich vielmehr nur in der Art eines Institor aus dem speziellen Vertrage verbindlich, den er mit ihnen abschließt. Ansprüche, welche wegen widerrechtlicher Geschäftsführung die Gesellschafter gegen ihren Vorstand erheben können, werden bei eintretender Insolvenz der Gesellschaft von den Gläubigern derselben im Namen jener geltend gemacht; gegen eine widerrechtliche Entlassung des Vorstands von Seiten der Gesellschafter stehen den Gläubigern derselben unter den gehörigen Voraussetzungen die gewöhnlichen Restitutionsmittel, namentlich die actio Pauliana zu. So wenig als der Vorstand einer Actiengesellschaft, sind die Actionäre selbst, soweit sie persönlich an der Leitung der gemeinsamen Angelegenheiten Theil nehmen, den Gesellschaftsgläubigern für gute Verwaltung des Gesellschaftsvermögens verantwortlich. Denn wenn sie auch gemeinschaftlich ein formell selbstständiges Vermögen bilden, so gehört dieses doch lediglich nur ihnen, jedem im Verhältnisse seiner Betheiligung an der Gesellschaft. Niemand ist seinen Gläubigern gegenüber dazu verpflichtet, seine eigenen Angelegenheiten sorgfältig zu verwalten, um jenen eine möglichst große, faktische Sicherheit für ihre Befriedigung zu verschaffen. Ein doloses Verfahren mit dem Gesellschaftsvermögen setzt aber alle Actionäre, welche daran sich betheiligten, im Falle der Insolvenz der Gesellschaft der actio doli von Seiten der Gläubiger derselben aus.

Die Zwitterartigkeit des in einer Actiengesellschaft dargestellten Rechtsverhältnisses, daß sie formell ein besonderes, selbstständiges Rechtssubject darstellt, während der That nach nur Berechtigungen und Verbindlichkeiten der einzelnen Actionäre vorhanden sind, kann Zweifel über die Beantwortung der Frage erregen, ob ein seitheri-

ger Actionär durch Austritt aus der Gesellschaft, sei es vermittelst wirklicher Novation mit seinen Genossen, sei es auf anderem Wege, auch den damals schon vorhandenen Gläubigern gegenüber von der Verbindlichkeit befreit wird, seinen ursprünglich versprochenen, aber noch nicht vollständig geleisteten Beitrag noch nachträglich zu prästiren. Die Sache wäre praktisch erheblich in dem Falle, wenn die Gesellschaft selbst und der an die Stelle des ausgetretenen neu eingetretene Actionär vor der Befriedigung jener Gläubiger insolvent würden. Insofern die von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten materiell die einzelnen Glieder derselben treffen, könnte allerdings ein Actionär der Erfüllung jener Verbindlichkeiten bis zu dem Betrage, zu dessen Leistung er sich verpflichtete, den Gläubigern gegenüber an sich nicht dadurch überhoben werden, daß er, wenn auch in vollkommen rechtsgiltiger Weise, aus der Gesellschaft tritt, alle Rechte und Verbindlichkeiten aus derselben aufgebend. Allein der dritte Kontrahent, welcher sich mit einer Actiengesellschaft in Rechtsgeschäfte einläßt, will die einzelnen Glieder derselben nicht als eben so viele bestimmte Personen, sondern nur, insofern sie Actionäre sind, sich verbindlich machen; denn nicht nur daß er in den bei weitem meisten Fällen die Mitglieder der Gesellschaft gar nicht kennt und nicht einmal weiß, wie viele deren sind, so spricht er seinen Willen, den Einzelnen nur als Gliedern des Ganzen Rechte einräumen und Pflichten auferlegen zu wollen, in ganz unzweideutiger Weise dadurch aus, daß er mit einem als Actiengesellschaft konstituirten Vereine mehrerer Personen kontrahirt. Das rechtliche Wesen eines solchen Vereines bringt es nämlich mit sich, daß er formell als ein besonderes, selbstständiges Rechtssubject erscheint, auf welches die eigentlich die Actionäre betreffenden Rechte und Verbindlichkeiten bezogen werden. Wie demgemäß der dritte Kontrahent die von ihm übernommenen Verbindlichkeiten der einzelnen Actionäre nicht zu der auf sie kommenden Rate zu erfüllen braucht, so kann er auch seine Rechte nicht gegen jene nach Verhältniß ihrer Betheiligung in der Gesellschaft geltend machen, sondern beides geht nur durch das Organ des als ein besonderes Ganzes aufgefaßten Vereins. Der dritte Kontrahent bescheidet sich also, seine Befriedigung nur in der Weise zu suchen, daß ihm als Zahlungsobject überlassen werde, was der formell als besonderes Rechtssubject gedachte Verein von seinen Gliedern zu fordern hat, oder, mit einem dem

materiellen Verhältnisse entsprechenden Ausdrucke, was die einzelnen Actionäre zu leisten gegenseitig verpflichtet sind. Wer in einer rechtsgiltigen Weise aufgehört hat Actionär zu sein, ist dadurch auch aller Verbindlichkeiten gegen die schon zur Zeit seiner Mitgliedschaft vorhandenen Gesellschaftsgläubiger entbunden, wenn er gleich vor voller Einzahlung seiner Actie ausgetreten ist [68]). Uebrigens versteht es sich von selbst, daß wegen doloser Entlassung eines Actionärs, welcher seinen versprochenen Beitrag noch nicht vollständig geleistet hatte, diejenigen, welche sich des dolus schuldig machten, von den aus dem vorhandenen Gesellschaftsvermögen nicht befriedigten Gesellschaftsgläubigern mit der actio doli belangt werden können, und zwar auch von denjenigen, welche erst nach jener Entlassung Gläubiger der Gesellschaft wurden; denn die Actionäre sind wegen doloser Verringerung des Vereinsvermögens allen Gesellschaftsgläubigern überhaupt verantwortlich. Wenn ferner in dem obigen Falle auch noch die besondern Voraussetzungen der Pauliana actio vorhanden sind, so kann durch dieses Rechtsmittel der widerrechtlich entlassene Actionär zur Erfüllung der Verbindlichkeiten angehalten werden, von denen er ungiltiger Weise entbunden war [69]).

Bei Prozessen, welche Actiengesellschaften führen, kommt nichts Ausgezeichnetes vor; in Ermangelung anderer statutenmäßiger Vorschriften ist der Vorstand activ und passiv als zur Prozeßführung legitimirt anzusehen, da eine derartige Befugniß die Gränzen der ihm gestatteten freien Verwaltung der Gesellschaftsangelegenheiten nicht überschreitet. Einer besonderen Erwähnung bedarf nur etwa die Frage, von wem ein der Gesellschaft zu- oder zurückgeschobener Haupteid, oder ein auferlegter nothwendiger Eid geschworen werden muß?

Bei der Beantwortung dieser Frage kommt in Betracht, daß jene Eide, die eine Berufung auf die Gewissenhaftigkeit der Parthei enthalten, ihrer Natur nach wesentlich nur von der Parthei selbst, nicht von irgend einem Vertreter derselben geleistet werden können, woraus sich für unsern Fall der Satz ergäbe, daß die einzelnen Actionäre zu schwören hätten, da ihre Gesammtheit der Form nach ein besonderes Rechtssubjekt darstellt, materiell aber sie selbst

68) Vergl. Pardessus a. a. O. p. 267.

69) Vergl. Pöhls a. a. O. S. 278.

die Parthei im Prozesse sind. Die Regeln, welche über den von einer universitas zu leistenden Eid gelten, sind hier ohne Belang; denn in jenem Falle ist die eigentliche Prozeßparthei, also auch die zum Schwören verpflichtete Person, in der That ein blos künstliches Rechtssubjekt, welches seiner Beschaffenheit nach nicht schwören kann, also nothwendig, wenn bei ihm überhaupt diese Art des Beweises zulässig sein soll (und positive Gesetze schreiben dieß vor), zu dem fraglichen Acte eines Vertreters bedarf. Dieß verhält sich bei einer Actiengesellschaft anders; dessenungeachtet scheint mir aber der Umstand, daß sie, wenn auch nur formell, als ein besonderes, von ihren Mitgliedern verschiedenes Rechtssubjekt gilt, von wesentlichem Einfluß auf die Entscheidung der Frage zu sein, wer einen ihr auferlegten Eid zu schwören habe. Jener Umstand bewirkt nämlich, daß die Mitglieder einer prozeßführenden Actiengesellschaft nicht als bloße Streitgenossen betrachtet werden können, von denen der eine schwören und dadurch zu seinem Antheil den Prozeß gewinnen, der andere den Eid verweigern, und dadurch zu seinem Antheile verlieren könnte; es muß vielmehr nach der Natur des Verhältnisses der Prozeß entweder im Ganzen gewonnen werden oder im Ganzen verloren gehen. Ein gewöhnliches solidarisches Rechtsverhältniß mit voller Berechtigung und Verpflichtung jedes Einzelnen ist aber doch auch nicht vorhanden, so daß schon durch die Eidesleistung von Seiten eines einzigen beliebigen Actionärs der ganze Prozeß gewonnen würde; umgekehrt kann aber auch nicht schon die Eidesverweigerung von Seiten eines einzigen Actionärs den Verlust des ganzen Prozesses für die Gesellschaft nach sich ziehen, da der Einzelne nur über sein, nicht auch zugleich über die Rechte seiner Genossen verfügen kann. Es bleibt also nichts anderes übrig, als daß aus der Mitte mehrerer Personen, welche hinsichtlich eines ihnen gemeinschaftlichen, untheilbaren und doch nicht solidarischen Rechtsverhältnisses einen Eid zu leisten haben, einige delegirt werden, die mit voller rechtlicher Wirkung für oder gegen die Gesammtheit den Eid schwören oder verweigern. Gegen die von der Actiengesellschaft vorgeschlagenen Schwurdeputirten oder dagegen, daß sie überhaupt zu wenige vorschlug, wird die Gegenparthei Einwendungen vorbringen dürfen; die Entscheidung bleibt dem Ermessen des Richters überlassen. Dieser wird darauf zu sehen haben, daß wo möglich Schwurdeputirte gestellt werden, welche über positives Wissen, nicht

blos nur über Nichtwissen zu schwören im Stande sind. Hauptsächlich geeignet erscheinen also der Vorstand, oder der gewesene Vorstand; ist dieser aus mehreren Personen gebildet, so wird nicht verweigert werden können, daß wenigstens einige von ihnen schwören, namentlich über Handlungen, die von ihnen für die Actiengesellschaft vorgenommen, oder über Ereignisse, die ihnen als Vorstehern der Gesellschaft mitgetheilt wurden. Ueber Vorgänge in einer Generalversammlung wird der Schwur von mehreren bei derselben anwesenden Mitgliedern verlangt werden können; doch sind nur solche zu wählen, die mit Bequemlichkeit aufgefunden werden können u. dgl. m. Wesentlich scheint mir aber immer bei dem von einer Actiengesellschaft zu leistenden Partheien-Eid, daß er von wirklichen Mitgliedern derselben geleistet werde, und ich halte demgemäß einen Direktor derselben, der nicht zugleich ihr Mitglied ist, für nicht befähigt [70]).

Viertes Kapitel.

Beendigung der Actiengesellschaft.

§. 14.

Die meisten Auflösungsgründe einer Actiengesellschaft bieten, da sie, auf dieses Rechtsverhältniß bezogen, nichts Ausgezeichnetes an sich tragen, keinen Stoff zu einer besonderen Betrachtung dar. Es versteht sich von selbst, daß eine Actiengesellschaft durch Eintritt eines dies ad quem oder einer Resolutivbedingung aufhört, eben so durch völligen Untergang aller ihrer Objekte, durch jede sonst eintretende faktische oder rechtliche Unmöglichkeit ihres Fortbestehens, durch Beendigung aller von ihr beabsichtigten Geschäfte, durch Entziehung der Staatsgenehmigung, wo sie nur durch eine solche bestehen kann, und dieselbe nur auf Widerruf gegeben ist u. dgl. m. Hinsichtlich des Unterganges der Objekte ist nur etwa zu bemerken, daß manche Statuten vorschreiben: die Gesellschaft soll schon aufgelöst sein, wenn ihr Kapital durch Verluste um einen bestimmten Betrag vermindert sein werde, welche Bestimmung natürlich, wenn ihre Voraussetzung eintritt, ihre Wirksamkeit äußert. Die Actiengesellschaft kann auch freiwillig aufgelöst werden; doch ist dazu nach den früheren Erörterungen Stimmeneinhelligkeit erforderlich, sofern

70) Vergl. Pöhls a. a. O. S. 260 flg.

nicht die Statuten, wie häufig geschieht, ein Anderes ausdrücklich festsetzen. Wenn die Gesellschaft aufgelöst ist, so können keine Geschäfte mehr für sie unternommen werden; die Vollmacht ihrer Mandatare hört dadurch von selbst auf; doch ist hier der Rechtssatz von Wichtigkeit, daß die Geschäfte, welche der Mandatar in gutem Glauben mit Dritten abschloß, ehe er von der Erlöschung seines Mandats etwas wußte, von dem Mandanten anerkannt werden müssen; es kann dieß leicht bei auswärtigen, zum rechtsgültigen Abschluß von Geschäften Namens der Gesellschaft bevollmächtigten Agenten derselben von praktischer Bedeutung werden. Mit dem Eintreten des die Auflösung bedingenden Umstandes hört die Actiengesellschaft zwar auf, rechtlich als solche zu existiren, und sie kann also namentlich fernerhin nicht mehr als Actiengesellschaft in erst neu abzuschließende Geschäfte sich einlassen; faktisch sind aber damit die Rechtsverhältnisse noch nicht abgethan, welche durch sie unter ihren Mitgliedern begründet und von ihr selbst mit dritten Personen eingegangen waren; im Gegentheile macht deren definitive Abfertigung meistens noch ein sehr weitläufiges und verwickeltes Verfahren nothwendig. Bei Erledigung jener noch schwebenden Verhältnisse wird nun ganz der Geschäftsgang einzuhalten sein, wie er während bestehender Gesellschaft galt. Denn die durch Betheiligung in der Gesellschaft von jedem einzelnen Actionäre übernommene Pflicht, alle aus jener Betheiligung fließenden Rechtsverhältnisse in der Art zu realisiren, wie es das rechtliche Wesen einer Actiengesellschaft, namentlich ihre formelle Geltung als besonderes selbstständiges Rechtssubjekt mit sich bringt, kann vernünftiger Weise nicht mit dem Momente für erloschen gehalten werden, in welchem die rechtliche Existenz der Actiengesellschaft aufhört, während faktisch die durch sie hervorgerufenen Rechtsverhältnisse noch fortdauern, sondern es muß nothwendig angenommen werden, daß auch der Vollzug dieser Verhältnisse in jener Weise zu geschehen habe. Diese Ansicht leuchtet auch klar aus solchen Statuten hervor, welche Bestimmungen über die Liquidation enthalten; sie legen diese entweder geradezu in die Hände des Vorstandes oder übertragen sie einer durch die Generalversammlung zu ernennenden s. g. Liquidationskommission der dann dieselbe rechtliche Stellung eingeräumt wird, wie sonst dem Vorstande; sie bringt die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft zu Dritten ins Reine, fordert die etwa noch nöthigen Nachschüsse auf die noch

nicht voll eingezahlten Actien ein; und man muß im Geiste solcher Bestimmungen gewiß weiter sagen, daß nur an sie von den Actionären und von Dritten gültig Zahlung geleistet werden kann, daß wegen irgendwelcher Rechtsansprüche gegen die Gesellschaft der dritte Kontrahent sich an sie halten muß und nicht die einzelnen Actionäre wegen nicht voll geleisteter Beiträge pro rata belangen darf u. s. w. Die Erledigung wichtigerer Punkte bei der Liquidation wird durch solche Statuten den Generalversammlungen überwiesen, worin sich wieder die Ansicht ausspricht, daß die Liquidation überhaupt in den Formen zu geschehen habe, in welchen während bestehender Gesellschaft deren Geschäfte besorgt werden [71]). Man denke sich auch nur die unheilbare Verwirrung, welche die entgegengesetzte Ansicht zur Folge haben müßte, wenn man mit dem Momente der rechtlichen Auflösung der Gesellschaft jeden Actionär berechtigen und verpflichten wollte, von dem in den Händen des seitherigen Vorstandes befindlichen vorräthigen Vermögen die auf ihn kommende Rate zu verlangen, von den Gesellschaftsschuldnern die seinem Antheil entsprechende Quote der Gesellschaftsforderungen einzufordern, den Gesellschaftsgläubigern direkt zu haften bis zu dem von ihm ursprünglich versprochenen, noch nicht eingezahlt gewesenen oder wieder zurückempfangenen Betrage; wahrlich, wer die rechtliche Zulässigkeit oder gar Nothwendigkeit eines solchen Zustandes behauptet, der wird doch wenigstens seine faktische Unausführbarkeit zugeben müssen. Nach dem oben aufgestellten Grundsatze ist nun die Liquidation ganz in der Weise zu vollziehen, wie früher während bestehender Gesellschaft in Gemäßheit der Statuten oder der aus der Natur des Verhältnisses sich ergebenden Grundsätze die Geschäfte der Gesellschaft auszuführen waren. Im Zweifel ist demgemäß der seitherige Vorstand auch zum Vollzuge der Liquidation für legitimirt zu erachten; doch kann ihm dieses Geschäft durch einen Beschluß der General-Versammlung entzogen werden; ohne einen solchen ist aber der einzelne Actionär nicht befugt, unter dem Vorwande, die Actiengesellschaft existire als solche nicht mehr, jenen nicht mehr als Vertreter derselben anzuer-

---

71) Vergl. Stat. der Rheinschiff.-Assek.-Gesellsch. in Mainz Art. 38. 40., der Versich.-Gesellsch. Agrippina in Cöln §. 40 — 42., der Rückversich.-Gesellsch. in Cöln Art. 39 — 41., des deutschen Phönix in Frankf. a. M. §. 51 — 53.

kennen. Der seitherige Vorstand ist, wenn er auch im einzelnen Falle seine Stelle während des Bestandes der Gesellschaft nicht einseitig niederlegen durfte, doch nicht verpflichtet, auch die Liquidation zu besorgen; denn er hatte doch höchstens nur zur Führung der laufenden Geschäfte der Gesellschaft als Mandatar derselben sich verpflichtet. Anders verhält es sich, wenn er ein wahrhaft Bediensteter der Gesellschaft war; in diesem Falle wird er auch die Liquidationsgeschäfte besorgen müssen, da dieselben ihrer Art nach von den Geschäften, zu deren Besorgung er sich zunächst verpflichtete, nicht so verschieden sind, daß er nach seinem Dienstvertrage ihre Erledigung verweigern könnte. Die Befugnisse des liquidirenden Vorstandes, als Vertreters der Gesellschaft, sind der Natur der Sache nach andere, als die des administrirenden: er darf natürlich keine neuen Rechtsgeschäfte für die Actiengesellschaft mehr abschließen; dagegen wird er zu viel weiter gehenden Veräußerungen für befugt zu halten sein, als sie ihm während Bestehens der Actiengesellschaft gestattet waren. Die Gränzen seiner Vollmacht lassen sich begreiflicher Weise im Allgemeinen nicht bestimmen; wo sich Zweifel ergeben, sind dieselben aus der Natur des ihm übertragenen Geschäftes zu lösen, mit geeigneter Berücksichtigung der statutenmäßig dem Vorstande während bestehender Gesellschaft eingeräumten Handlungsbefugnisse. Bei Beschlüssen, welche von der General-Versammlung ausgehen, entscheidet wie während bestehender Gesellschaft ihr Inhalt, ob sie mit Stimmeneinhelligkeit gefaßt werden müssen, oder ob Majorität genügt, oder in Gemäßheit besonderer Statuten eine größere als die einfache Majorität erforderlich ist. — Die Gesellschaftsgläubiger können nicht genöthigt werden, ihre Forderungen innerhalb eines bestimmten für die Liquidation von der Gesellschaft anberaumten Termins geltend zu machen, sofern nicht partikularrechtlich das Mittel der Ediktalcitation dazu benutzt werden kann. Doch wird man den Gesellschaftern das Recht zugestehen müssen, nach einer solchen Bekanntmachung und nach Befriedigung aller Gläubiger, welche sich gemeldet hatten, sich definitiv auseinanderzusetzen; die nichterschienenen Gläubiger müssen sich dann an die Einzelnen, pro rata der früheren Betheiligung derselben an der Gesellschaft, halten, welche übrigens natürlich höchstens nur bis zum Belaufe des von ihnen ursprünglich versprochenen Beitrages haften; der Betrag bekannter Forderungen wird gerichtlich zu deponiren sein. — Die Vertheilung des übrig

bleibenden Gesellschaftsvermögens geschieht nach Verhältniß der Beiträge der Einzelnen, und zwar auch dann, wenn dieß nicht ausdrücklich festgesetzt war; denn der bei der römischen societas geltende Grundsatz, abgesehen von besonderer Verabredung sei unter den sociis nach Köpfen zu theilen, kann auf die Actiengesellschaft nach ihrer ganzen Anlage nicht angewendet werden; bei ihr ist an der Absicht der Partheien, nach Verhältniß der Beiträge zu theilen, ein Zweifel nicht möglich. Dagegen ist der andere Satz des römischen Rechts, daß bei der Theilung des Sozietätsvermögens zunächst die eingeschossenen Kapitalien zurückzugeben seien, als der allgemeinen Natur jeder Gesellschaft entsprechend auch bei Actiengesellschaften anzuwenden. Eine praktische Bedeutung wird die Sache aber freilich nur in den seltensten Fällen haben, da in Actiengesellschaften regelmäßig alle Mitglieder nur durch Kapitaleinlagen sich betheiligen und der Antheil eines jeden an Gewinn und Verlust lediglich nach der Größe seines Beitrages bemessen wird. Wo aber die einzelnen Actionäre in verschiedener Weise sich betheiligten, die einen durch bloße Gebrauchsüberlassung von Sachen, die andern durch Einwerfen von Kapitalien oder anderen in das gemeinschaftliche Eigenthum übergehenden Sachen, noch andere durch bloße Dienstleistungen, so ist es auch bei Actiengesellschaften praktisch wichtig, daß bei Theilung ihres Vermögens jedem zuerst wieder zugestellt werde, was er eingeschossen hatte; in natura, wenn es in seinem Sondereigenthum geblieben, durch Restitution eines entsprechenden Werthes, wenn es gemeinschaftliches Eigenthum geworden war. Den Actionären also, deren Beitrag in Gebrauchsüberlassung von Sachen bestand, werden diese Sachen in natura, denjenigen, die Kapitalien einschossen, gleich große Kapitalien zugewiesen; denjenigen, die bloß Dienste leisteten, ist eine Einlage nicht zu restituiren. Was nach Auszahlung der eingeschossenen Fonds übrig bleibt, wird als Gewinn unter die Actionäre aller Art nach Verhältniß der Größe der von ihnen geleisteten Beiträge vertheilt; diese mögen bestanden haben, worin sie wollen. Ist das Endresultat des gemeinsamen Geschäftes Verlust, so ist dieser nach gleichem Maaßstabe zu repartiren. Es müssen also diejenigen Actionäre, welche bloß Sachen zum Gebrauche überlassen oder bloß Dienste geleistet hatten, an der Einbuße der gemeinsam gewesenen, verlorenen Kapitalien tragen helfen; doch werden sie nie, wie dieß in der reinen Sozietät bisweilen vorkommt, zur

Herauszahlung von baarem Gelde an die Kapitaleinleger angehalten werden können, sondern nur zu fernerer Gebrauchsüberlassung ihrer Sachen oder zu ferneren Dienstleistungen zu Gunsten jener verpflichtet sein, bis bei allen die Größe des von ihnen getragenen Schadens in gleichem Verhältnisse zu dem ursprünglich von ihnen versprochenen Beitrag steht. Die Größe dieses Beitrages ist natürlich auch unter den Actionären das höchste Maaß, bis zu welchem sie sich gegenseitig haften [72].

Die besonderen mit der Person der socii zusammenhängenden Gründe, aus welchen die römische societas aufgelöst wird: Tod oder Insolvenz eines socius, können auf die Actiengesellschaft nicht den gleichen Einfluß ausüben. Beide Gründe heben ihrer Natur nach nur die Mitgliedschaft des bisherigen Gesellschafters auf; daß ihnen das römische Recht die Kraft beilegt, die ganze Sozietät aufzulösen, beruht nur auf der positiven Anschauungsweise dieses Rechts, wornach in der Sozietät die genaueste Rücksicht auf die Individualität der einzelnen socii genommen wird. Dieser Gedanke ist bei der Actiengesellschaft ganz in den Hintergrund getreten; die Actionäre haben nicht mehr einander zu gewähren, als alle andern gegenseitigen Gläubiger und Schuldner auch; jeder, der im Stande ist die von ihm versprochenen Leistungen zu erfüllen, ist ein für seine Genossen gleich guter Actionär, seine individuellen Eigenschaften seien im Uebrigen, welche sie wollen. Heben Tod oder Insolvenz eines Gesellschafters die Gesellschaft selbst nicht auf, so versteht es sich von selbst, daß die Rechte und Pflichten desselben auf seine Erben oder zur Ausübung auf seine Gläubiger übergehen, da im Zweifel bei allen Rechtsverhältnissen wenigstens eine solche Uebertragbarkeit anzunehmen und durchaus kein Grund vorhanden ist, die Mitgliedschaft in einem Actienvereine als ein höchst individuelles Recht, resp. Pflicht zu betrachten, die mit dem Tode des Actionärs untergehen müßte. Eben so wenig kann der andere höchst singuläre Erlöschungsgrund der societas, der freie Wille eines einzelnen socius, bei der Actiengesellschaft zur Anwendung kommen. Auch er hängt im römischen Rechte offenbar damit zusammen, daß die Sozietät ein die darunter begriffenen Personen fest umstrickendes Band enthält, welches den einzelnen sociis einen unter Umständen sehr folgenreichen Einfluß auf ihre gegenseitigen Rechtsverhältnisse gestattet. Die Lösung dieses beengenden Bandes soll möglichst begünstigt werden; doch ist durch den bekannten Satz, daß, wer zur Unzeit austritt, socium quidem a se, sed

72) Vergl. Pöhls a. a. O. S. 280 ffg.

se non a socio liberat, dafür gesorgt, daß ein socius durch seinen einseitigen Austritt die rechtlichen Interessen der anderen nicht verletzen kann. Unsere Actiengesellschaft legt ihren Mitgliedern keine wesentlich beengenderen Bande auf, als jedes andere dauernde Obligationsverhältniß auch; der höchste Betrag der möglichen Haftung jedes Einzelnen ist von vorn herein fest bestimmt, und wenn auch kein Actionär den Einfluß seiner Genossen auf die Gesellschaftsangelegenheiten hindern kann, so bilden diese doch ein abgeschlossenes Ganzes für sich, und der auf sie ausgeübte Einfluß erstreckt sich nicht auf die übrigen Rechtsverhältnisse der einzelnen Actionäre. Fällt solcher Gestalt für unsere Actiengesellschaft einer Seits der Grund weg, welcher in der societas die Zulässigkeit des einseitigen Rücktritts jedes einzelnen socius rechtfertigt, so würde anderer Seits die durch einen solchen Rücktritt mögliche, sehr empfindliche Verletzung der rechtlichen Interessen der Genossen, welche selbst nach römischem Rechte nicht Statt finden soll, bei unserer Actiengesellschaft nothwendig immer eintreten, wenn man überhaupt einen einseitigen Austritt gestatten wollte. Die Wirkung der Auflösung der ganzen Gesellschaft, die übrigens regelmäßig die größte Verletzung der Interessen aller Betheiligten nach sich ziehen würde, kann einem solchen Rücktritte in keinem Falle beigelegt werden, da es ja bei der Actiengesellschaft überhaupt nicht darauf ankommt, daß sie fortwährend gerade aus denselben Personen zusammengesetzt sei, welche sich ursprünglich in ihr vereinigten. Gegen die als fortbestehend gedachte Gesellschaft wäre aber der einseitige Rücktritt eines Actionärs, der noch nicht voll geleistet hat, nothwendig immer eine grobe Verletzung ihrer Interessen; denn wenn dadurch auch für die Zukunft seinen Genossen der seither auf ihn fallende Gewinnantheil zu Gut kommt, so ist doch jedenfalls durch seinen einseitigen Rücktritt das Gesellschaftsvermögen geschmälert, auf dessen ungeschmälertem Fortbestande das Wohl, ja die Existenz der ganzen Gesellschaft beruht. Ein Actionär, der schon vollständig eingezahlt hat, kann jeder Zeit nach freiem Belieben aus der Gesellschaft austreten, da er dadurch nur auf seine Rechte verzichtet und keine ihm obliegenden Verbindlichkeiten verletzt.

Endlich ist noch eines manche Eigenthümlichkeiten darbietenden Beendigungsgrundes einer Actiengesellschaft zu gedenken, der Insolvenz derselben. Da die Actionäre für die von der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht unbedingt bis zu dem wirklichen

Betrage derselben, sondern nur bis zum Belaufe ein für allemal bestimmter, von ihnen zu leistender Beiträge haften, so ist es möglich, daß die Passiva der Gesellschaft ihre Activa übersteigen, während vielleicht sämmtliche Actionäre vollkommen solvent sind und jeder einzeln oder sie wenigstens zusammen die Gesellschaftsschulden vollständig abtragen könnten. Das angegebene Resultat wird, wie bereits öfter erwähnt, dadurch vermittelt, daß mehrere materiell selbst berechtigte und selbst verpflichtete Personen formell als ein besonderes, selbstständiges Rechtssubjekt gelten, dem fingirter Weise ein aus der Gesammtsumme der von den Einzelnen zu leistenden Beiträge zusammengesetztes Vermögen beigelegt wird, und auf dessen fingirtes Vermögen allein die für die Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bezogen werden. Kommt aber einer Actiengesellschaft, wenn auch nur formell, ein besonderes Vermögen zu, so ist es ganz konsequent, in dem Falle, wenn ihre Passiva ihre Activa übersteigen, einen Konkurs in jenes Vermögen zu eröffnen, wie dieß immer bei der Insolvenz einer selbstständigen Vermögensmasse geschieht. Als Kridar während des Konkursprozesses erscheint die Actiengesellschaft selbst, in jedem einzelnen Falle durch die Organe handelnd, welche nach ihrer Verfassung zur Vornahme des fraglichen Actes berufen sind. Die Gläubiger einer in Konkurs gerathenen Actiengesellschaft haben über das Vermögen derselben ganz dieselben Rechte, wie sie auch sonst Konkursgläubigern über das Vermögen ihres Kridars zustehen; sie verwerthen also alle der Gesellschaft zustehenden Rechte zu ihrem Vortheile, sie fordern die etwa noch nicht voll eingezahlten Beiträge der einzelnen Actionäre ein, sie können widerrechtliche Veräußerungen aus dem Gesellschaftsvermögen mit den dem einzelnen Falle entsprechenden Rechtsmitteln angreifen u. dergl. m. Die Actionäre, selbst wenn sie ihre Einschüsse längst bereits vollständig geleistet hatten, dürfen doch nicht Forderungen der Gesellschaft, welche an sich als reiner Gewinn derselben erscheinen, wie z. B. ausstehende Zinsen aus nutzbar angelegten Gesellschaftskapitalien, den Konkursgläubigern entziehen und für sich geltend machen unter dem Vorwande, sie hätten das von ihnen Versprochene, ihre Beiträge, vollständig geleistet und mit irgend weiteren, ihnen gehörigen Summen brauchten sie nicht zu haften, die aus Gesellschaftskapitalien fließenden Früchte gehörten aber ihnen, da auch jene materiell ihnen und nur der Form einem besonderen, von ihnen verschiedenen Rechtssubjekte, der Gesellschaft als einem Ganzen gehörten. Die Rechts-

geschäfte, welche eine Actiengesellschaft mit dritten Personen eingeht, beziehen sich auf das ihr beigelegte Vermögen; wenn nun gleich dieses materiell pro rata den einzelnen Actionären gehört, so muß doch die formelle Trennung derselben von dem übrigen Vermögen der Gesellschafter in voller Wirksamkeit aufrecht erhalten werden, und es muß also das Gesellschaftsvermögen mit dem vollen Bestande, den es jeweils hat, für die jeweiligen Gesellschaftsschulden aufkommen. Was in Gemäßheit der oben entwickelten Grundsätze rechtlicher Weise als Gewinn an die einzelnen Actionäre vertheilt wurde, bleibt auch bei später eintretender Insolvenz der Gesellschaft unangetastet in dem Sondervermögen jener; was aber noch in dem Gesellschaftsvermögen sich befindet, gehört den Gläubigern. Wenn die Gesellschaft, während sie besteht und solvent ist, aus Rücksicht auf ihre Gläubiger nur das als Gewinn vertheilen darf, was nach vollständiger Erhaltung ihres Vermögens in seinem vollen Betrage übrig bleibt, so kann noch viel weniger zugegeben werden, daß nach eingetretener Insolvenz die Actionäre Forderungen, welche an sich freilich reiner Gewinn aus einem einzelnen Gesellschaftsgeschäfte sind, zum Nachtheile der Gläubiger für sich einziehen, während ein wirklicher Gewinn der Gesellschaft im Ganzen nicht vorhanden ist; die Vertheilung jenes Gewinnes an die einzelnen Actionäre würde eine widerrechtliche Vereinigung des ohnehin schon insufficient gewordenen Gesellschaftsvermögens enthalten. — Die in dem Konkurse der Gesellschaft gar nicht oder nicht vollständig befriedigten Gesellschaftsgläubiger haben gegen Niemanden mehr eine Nachforderung. Denn das ohnehin nur formell selbstständige Rechtssubject, das in der Actiengesellschaft enthalten war, ist mit deren Untergang erloschen, und konnte, da es ein wirkliches Rechtssubjekt nicht war, einen Rechtsnachfolger nicht erhalten; die einzelnen Actionäre, welche die eigentlichen Subjekte der Gesellschaftsverbindlichkeiten waren, haften nicht weiter, als bis zum Betrage der von ihnen versprochenen Leistungen, und schulden, wenn sie diese vollständig prästirt haben, den Gesellschaftsgläubigern nichts mehr; es fällt also jedes Forderungsrecht der im Konkurse nicht befriedigten Gesellschaftsgläubiger weg, da ein zur Erfüllung desselben verpflichtetes Subjekt nicht vorhanden ist [73]).

73) Vergl. Pöhls a. a. O. S. 275 fg.

XI.

Kann eine Reallast im heutigen Rechte durch Vertrag neu begründet werden?

Von

Dr. Ludwig Duncker,

Prof. der Rechte in Göttingen.

Nebst einem Nachworte der Redaction.

Uebersicht.

Erstes Capitel.

Census constitutivus.

§. 11. I. Begründung desselben nach den Grundsätzen des ältern deutschen Rechts.

§. 12. II. Einfluß des römischen Rechts.

§. 13. Der Rentenkauf im 16ten Jahrhundert.

§. 14. Der Rentenkauf seit dem 17ten Jahrhundert.

§. 15. Form des Vertrages.

§. 16. Ueber den Umfang, in welchem eine Reallast durch Vertrag neu errichtet werden kann.

Zweites Capitel.

Census reservativus.

§. 17. I. Begründung desselben nach den Grundsätzen des ältern deutschen Rechts.

§. 18. II. Einfluß des römischen Rechts.

Zwei Gründe sind es vornehmlich, welche für die Beantwortung der obigen Frage von jeher ein weites Feld zur Vertheidigung der allerwidersprechendsten Behauptungen eröffnet haben. Den ersten Grund bieten die abweichenden, über das Wesen der Reallasten zu verschiedenen Zeiten herrschend gewesenen Ansichten dar; die Vertheidiger der einen oder andern argumentirten nämlich aus der von ihnen festgestellten Natur des Instituts, und während die Einen unsere Frage bejaheten, wurde sie von den Andern eben so entschieden verneint. Der zweite Grund liegt in dem heute noch fortdauernden Streite darüber: ob und in wie weit der Satz des römischen Rechts, daß man dritte Personen durch Verträge nicht verpflichten könne, die nach dem ältern deutschen Rechte zulässige vertragsmäßige Constitution der Reallasten für das heutige Recht juristisch unmöglich gemacht habe.

Die ältern Juristen beschäftigen sich mit unserer Frage in der Regel nur in ganz specieller Beziehung auf die constituirten und reservirten Zinsen, weil gerade diese so unendlich oft vertragsmäßig bestellt wurden, während dieses bei Zehnten, Frohnden rc. sehr selten der Fall war. Daher wird auch in der folgenden Darstellung vornehmlich nur von der vertragsmäßigen Begründung der

Grundzinsen die Rede sein; denn es versteht sich von selbst, daß die für diese geltenden Grundsätze auf Frohnden rc. gleichmäßig Anwendung leiden.

Zur leichteren Verfolgung des Entwickelungsganges, den die verschiedenen Ansichten genommen, habe ich dieselben im Ganzen in chronologischer Ordnung auf einander folgen lassen.

Eine ausführliche Zusammenstellung der Gründe, welche für und wider unsere Frage geltend gemacht sind, ist noch nicht versucht worden; vielleicht gelingt es mir, durch eine vollständige Darlegung des status causae atque controversiae eine Verständigung, welche bei dieser wichtigen Streitfrage so wünschenswerth ist, zu vermitteln.

Erster Abschnitt.

Darstellung und Prüfung der Ansicht, daß eine Reallast durch Vertrag neu begründet werden könne.

§. 1. Die Reallast als hypothekarische Forderung betrachtet.

Die älteste, besonders den französischen und spanischen Juristen geläufige Ansicht über das Wesen der Reallast ist die, daß derselben ein Forderungsrecht zum Grunde liege, zu dessen Sicherheit die belastete Sache als Hypothek verhaftet sei [1]. Die Anhänger derselben lassen natürlich den Vertrag als Entstehungsgrund zu. Allein diese Ansicht verwandelt die Reallast in ein von Grund aus davon verschiedenes Rechtsverhältniß. Man kann daher eigentlich nicht einmal sagen, daß jene Juristen die Entstehung einer Reallast durch Vertrag für zulässig gehalten hätten; denn dasjenige Rechtsverhältniß, welches sie eine Reallast nennen, ist ein wesentlich anderes. (S. jedoch §. 13. Absatz 3.)

§. 2. Die Reallast unter den Begriff der Servituten gestellt.

Vornehmlich seit dem siebenzehnten Jahrhundert gelangte eine andere Ansicht zu allgemeinem Beifalle, welchen sie auch bis zum

---

1) Meine Reallasten §. 3.

Anfange des gegenwärtigen sich erhalten hat, nämlich die, daß die Reallasten als im Thun bestehende Dienstbarkeiten (servitutes in faciendo) oder doch als ein solches Rechtsverhältniß aufgefaßt werden müßten, welches ganz nach Analogie der Servituten zu beurtheilen sei [2]). Die Vertheidiger dieser Ansicht werden durch unsere Frage nicht in Verlegenheit gesetzt. Es sind hier aber zwei wesentlich verschiedene Fälle zu unterscheiden; nämlich erstens die Begründung einer Reallast durch Constitution und zweitens durch Reservation.

I. Was den ersten Fall betrifft, so lassen die Anhänger jener Ansicht die Bestellung (Constitution) einer neuen Reallast durch Vertrag ganz nach Maasgabe der in dieser Hinsicht für Servituten geltenden Grundsätze zu [3]). — Da man nun zur Bestellung einer Servitut außer dem Vertrage auch noch eine juris quasi traditio für nöthig erachtete, so wurde diese gleichfalls bei den als Reallast zu constituirenden Zinsen ꝛc. verlangt; diese Quasi-Tradition besteht in der einmaligen Entrichtung der versprochenen Leistung [4]).

Um einem Mißverständnisse vorzubeugen, ist die Terminologie der ältern Juristen hier noch anzugeben, die bei vielen neuern ganz in Vergessenheit gerathen zu sein scheint. Unter census constitutivus verstehen jene, ebenso wie wir, einen Zins, welchen der Eigenthümer auf sein Grundstück als Reallast übernommen hat; census reservativus nennen sie dagegen denjenigen, welchen der Eigenthümer bei Uebertragung des vollen Eigenthums sich vorbehalten hat. Bei beiden Arten des Zinses befindet sich also das belastete Grund-

---

2) Meine Reall. §. 5.

3) Spoenla (pr. Schorch), Diss. de jure servitutis et census. Erford. 1745. Sect. 3. §. 2. 5. Grusemann (pr. Zoll), Diss. de censu reservat. Rint. 1705. §. 11. 13.

4) Frantzke, var. resol. I. res. 2. n. 115. Hellwer (pr. Frommann), Disp. de negotii annuorum redituum — natura. Tub. 1687. §. 15. Lyncker, tract. jurid. de reditibus annuis. Jen. 1697. disp. 4. §. 5. Fischer (pr. Born), Disp. de censu constitut. Lips. 1704. c. 6. §. 2. Grusemann, l. c. §. 20. Schirmer (pr. Joachim), de censu constitut. reservat. Lips. 1727. §. 16. Lauterbach, coll. th. pr. lib. 22. tit. 1. §. 38. Müller, promt. jur. nov. (1792) v. annui reditus n. 2.

stück im vollen Eigenthume des Zinsmannes und dem Rentenherrn stehet daran blos seine dingliche Zinsberechtigung zu. —

II. So wie nun ferner eine Servitut durch Vorbehalt bei Uebertragung des Eigenthums vertragsmäßig begründet werden kann, so verstand sich die Errichtung eines census reservativus in derselben Weise ganz von selbst.

Die Sache genauer betrachtet zeigen sich hier aber ganz eigenthümliche Bedenken. Die Möglichkeit der Begründung einer Servitut durch Vorbehalt bei Uebertragung des Eigenthums erklärt sich dadurch, daß dieselbe nur ein solches Recht in sich begreift, welches ursprünglich im Eigenthum enthalten ist [5]). Der Eigenthümer kann sich daher gewisse Rechte vorbehalten, welche im Momente des Eigenthums-Ueberganges schon aus dem Umfange des Eigenthums abgesondert waren, so daß also das Eigenthum des Grundstücks mit Ausschluß der vorbehaltenen Befugnisse erworben wurde [6]).

Aber nicht auf gleiche Weise ist das Zinsrecht im Eigenthum enthalten; da nämlich das dare, facere keinen Bestandtheil desselben ausmacht, so ist es auch unmöglich, bei der Veräußerung eines Grundstücks durch Vorbehalt sich ein Recht an demselben zu verschaffen, welches gerade ein dare, facere zum Gegenstande hat. Diese Schwierigkeit, die Entstehung des reservirten Zinses juristisch zu erklären, hat auch Schrassert [7]) — welcher übrigens die Rentberechtigung nicht unter den Begriff der Servituten bringt, sondern als ein eigenthümliches dingliches Recht betrachtet, was aber hier gleichgültig ist — sehr wohl erkannt; er wirft nämlich [8]) die interessante Frage auf: in welchem Augenblicke der reservirte Zins entstehe? Der Zweifel liegt aber darin, daß vor der Uebertragung des Grundstücks der Zins nicht vorhanden ist, weil Niemand an seinem eignen Grundstücke sich eine Rente bestellen kann. Wollte man dagegen annehmen, daß der Zins erst in dem Momente entstehe, in welchem das Eigenthum auf den neuen Erwerber übergegangen ist, so ist der Zins kein reservirter, sondern

5) Büchel, Civilr. Erört. B. 1. S. 288 ff. und 439 ff. Ausg. 2.

6) Büchel, a. a. O. S. 192. 193.

7) De censu dominico et conventionali (1721). tit. 1. §. 10.

8) l. c. tit. 3. c. 3. §. 21.

ein constituirter; als ein solcher kann er aber auch nicht gelten, da die zu dessen Errichtung nothwendige Form nicht beobachtet worden ist. Seine Ansicht spricht darauf Schrassert in folgenden Worten aus: Ego puto, Censum hunc creari in ipso translationis actu, ex mutuo consensu, quo lex ponitur translationi, ut ea non aliter fiat, quam sub reservatione juris Censum exigendi ex parte transferentis et obligatione ad Censum annuatim praestandum ex parte acceptantis. Man sieht, Schrassert zerhaut den Knoten, statt ihn zu lösen; und von dem Standpunkte des römischen Rechtes aus ist hier allerdings ein unauflösliches Dilemma; allein die deutsche Praxis hat sich darüber hinausgesetzt. (§. 17. a. E.)

So viel stehet nun hiernach fest, daß bis zum Anfange des gegenwärtigen Jahrhunderts die herrschende Ansicht der Juristen die war, daß eine Reallast durch Vertrag nach Maaßgabe der Servituten begründet werden könne. Im vollen Umfange gilt dieses jedoch nur von den constituirten Reallasten. (Ueber die reservirten §. 18.)

Wenn auch einzelne Juristen [9]) mit Rücksicht auf das römische Recht die vertragsmäßige Errichtung für unzuläßig hielten, so blieb doch die gemeine Ansicht dadurch unberührt.

§. 3. Die Ansichten der Gegenwart.

Seit dem Anfange dieses Jahrhunderts gehen die Ansichten der Juristen über unsere Frage nach den entgegengesetzten Seiten, und zwar in einer Weise auseinander, daß man nicht einmal die eine oder andere als die herrschende bezeichnen kann. Es ist ein allgemeiner Streit entstanden, und der Praktiker, der unsere Frage entscheiden soll, siehet sich bei den Theoretikern vergeblich nach Belehrung um.

Den Grund aber, welcher diese große Meinungsverschiedenheit hervorgerufen hat, ist der, daß die neueren Juristen, und allerdings mit Recht [10]), die Subsumtion der Reallasten unter die Servituten verwerfen, und damit den festen Anhaltspunkt ihrer Vorgänger aufgeben.

---

9) Guido Papae, decis. Neapol. d. 9.

10) Meine Reall. §. 6.

Eine seltsame Ausnahme macht hier Schwarz [11]). Reallasten können nach ihm entstehen:

1) durch gesetzliche Vorschrift — —

2) durch Herkommen und Gewohnheit — —

3) durch Vertrag nach Analogie der Servituten, ohne daß eine quasi traditio erforderlich wäre, weil eine solche nach den neuern Forschungen auf dem Gebiete des römischen Rechtes zur Bestellung einer Servitut nicht nothwendig sei. Gleich darauf werden wir durch folgende Aeußerung überrascht: „Eine solche durch Vertrag begründete Reallast verpflichtet aber nur den Paciscenten und seine Erben, die sich im Besitze befinden. — — Ein dritter successor singularis wird aber dadurch nicht verpflichtet." Mit andern Worten würde man dieses kürzer so ausdrücken können: Eine durch Vertrag begründete Reallast ist keine Reallast;

Es sollen jetzt die verschiedenen Ansichten mit ihren Gründen referirt werden.

§. 4. Chr. L. Runde.

Runde fand die Ansicht, daß Reallasten durch Vertrag begründet werden können (§. 2.), als die herrschende vor, und obwohl er den Grund derselben verwerfen zu müssen glaubte, so gab er doch dieselbe nicht auf, sondern versuchte bei Gelegenheit der Frage, ob die Leibzucht durch Vertrag als Reallast bestellt werden könne, eine anderweite Begründung der gemeinen Ansicht. Zwar gibt Runde zu [12]), daß nach dem bekannten Grundsatze des römischen Rechts, quod praedium nihil facere possit, ein Vertrag, wodurch Jemand dem künftigen Besitzer eines Grundstücks eine Last auflegen wolle, unwirksam sei. Er ist aber der Ansicht, daß wir bei unsern herkömmlichen Ideen von der Verbindlichkeit der Verträge überhaupt, jenen Grundsatz längst für unanwendbar erklärt hätten; denn derjenige, welcher eine Verpflichtung auf sein Grundstück in der Art übernehme, daß sie als Reallast darauf haften solle, veräußere einen intellectuellen Theil desselben, nehme den Berechtigten in so fern zum Miteigenthümer auf, und könne nachher auf seinen Nachfolger nicht mehr Rechte übertragen,

---

11) Das Institut der Reallasten 1827. §. 15.

12) Die Rechtslehre von der Leibzucht. 1805. Th. 2. §. 36.

als er selbst noch behalten habe. Eine juris quasi traditio hält Runde nicht für nöthig [13]).

Aber auch diese Gründe sind nicht haltbar. Wenn Runde die Statthaftigkeit der Begründung einer Reallast aus dem ganz richtigen Satze ableiten will, daß als Regel alle Verträge im heutigen Rechte klagbar sind, so übersieht er hiebei, daß dieser Satz keinen andern Sinn hat, als den, daß, nach dem Wegfallen des römischen Unterschiedes zwischen contractus und pacta, im heutigen Rechte zur Gültigkeit eines Vertrages die bloße Vereinbarung der Parteien, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Form, hinreicht. Jener Satz darf aber nicht so verstanden werden, daß ein Vertrag, welcher nach römischem Rechte in jeder Form ungültig war, im heutigen Rechte klagbar geworden sei; denn sonst müßten z. B. auch Schenkungen unter Ehegatten, Spielverträge ꝛc. bei uns Gültigkeit erlangt haben. Nach römischem Rechte war aber das Versprechen eines Zinses aus einem Grundstück in jeder Form für den Singularsuccessor unverbindlich [14]).

Eben so wenig kann man die vertragsmäßige Fundirung eines Zinses auf ein Grundstück unter den Gesichtspunkt der Veräußerung bringen, in Folge welcher der Zinsherr in das Miteigenthum aufgenommen werde. Abgesehen davon, daß für das vorliegende Verhältniß der Begriff eines Miteigenthums, als welches nothwendig Gleichartigkeit der Theile der einzelnen Interessenten voraussetzt, gar nicht paßt, so war erst zu beweisen, daß in der Constitution eines Zinses eine Veräußerung enthalten sei, d. h. daß dadurch ein dingliches Recht an der belasteten Sache begründet werde. Wenn wir einigen ältern Juristen glauben wollen, so ist dieser Beweis leicht geführt. Nach ihrer Ansicht [15]) verpflichtet jeder Vertrag, welcher in Beziehung auf ein Grundstück eingegangen wird, (pactum reale von ihnen genannt) den nachfolgenden Besitzer, weil der Vertrag das Grundstück selbst afficire und der frühere Eigenthümer auf seinen Nachfolger nicht mehr Rechte übertragen könne,

---

13) a. a. O. §. 37.

14) l. 81. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.)

15) Hommel, Rhaps. obs. 237. Schroeter, Diss. de pact. rem. afficientibus. Jenae 1729.

als er selbst noch habe. Diese ganz willkührliche Ansicht ist schon von Kind [16]) genügend widerlegt.

Wenn gleich die von Runde beigebrachten Gründe nicht geeignet sind, uns von der Richtigkeit seiner Ansicht zu überzeugen, so beweisen sie doch das Bemühen, den Satz, daß eine Reallast durch Vertrag gemeinrechtlich begründet werden könne, aufrecht zu erhalten.

§. 5. **Albrecht, Maurenbrecher, Phillips, Mittermaier.**

Diese Ansicht wurde auch von Albrecht [17]) vertheidigt, an welchen dann auch Maurenbrecher [18]) und Phillips [19]) sich anschloßen. Später [20]) begründete Albrecht seine Ansicht auf folgende Weise: „Wenn die bisherige gesetzliche Form eines Rechtsgeschäfts auf rechtsgültige Weise außer Uebung kommt, so dauert es natürlich demungeachtet fort und zwar hat das nunmehr formlose Geschäft ganz dieselbe Bedeutung, steht unter denselben Regeln, wie das ehemals formelle. Gerade so ist es hier. Nachdem die gerichtliche Auflassung im gemeinen Recht abgekommen ist, dauert die Bestellung von Reallasten im Wege eines simpeln Vertrags als eben dasselbe eigenthümlich deutsche Rechtsgeschäft fort, was sie ehemals, unter Hinzukommen der gerichtlichen Auflassung, war, und geräth dadurch keineswegs unter die Herrschaft des römischen Rechts. Ref. glaubt daher, daß Reallasten in eben dem Umfange, in welchem sie ehemals durch Vertrag in Verbindung mit gerichtlicher Auflassung begründet werden konnten, nach heutigem gemeinen Rechte durch simpeln Vertrag bestellt werden können, wiewohl er aus legislatorischem Gesichtspunkt die Einführung einer Form, an Stelle der untergegangenen, für höchst wünschenswerth hält." — Die Prüfung dieser Ansicht wird später nachgeholt werden. (§. 15.)

Endlich ist jetzt auch Mittermaier [21]) nach langem Schwanken (§. 7.) dieser Ansicht beigetreten, und begründet dieselbe auf

16) Quaest. for II. c. 71. ed. 2.

17) Gewere, S. 182 ff.

18) Deut. Priv.-R. §. 253. Ausg. 1. §. 323. Ausg. 2.

19) Deut. Priv.-R. §. 119. Ausg. 3.

20) Krit. Jahrb. für deut. Rechtsw. 1839. H. 4. S. 322 ff.

21) Deut. Priv.-R. 1847. §. 196.

folgende Weise: „Geht man davon aus, daß, wenn auch die ursprüngliche Vorstellung von Gewere wegfiel, doch die Grund-Idee der Bestellung der Gewere blieb, und diese durch Auflassung bewirkt wurde, die letzte aber wie bei Erwerbung des Grundeigenthums als Mittel der Begründung von dinglichen Rechten an Grundeigenthum durch die Publicität erschien, so muß man annehmen, daß durch Eintragung in die öffentlichen Bücher, insofern diese zur Begründung dinglicher Rechte und Belastungen des Grundeigenthums gesetzlich im Lande bestimmt sind, die Reallast begründet werden kann, ohne daß die bloße gerichtliche Bestätigung des Vertrags hinreicht."

Das Schwankende und Unsichere in dieser Begründung muß beim ersten Anblick auffallen. Es sollen Reallasten durch Vertrag, verbunden mit der Eintragung in die öffentlichen Bücher, entstehen können, insofern diese zur Begründung dinglicher Rechte und Belastungen des Grundeigenthums gesetzlich im Lande bestimmt sind. Wenn also, wie bekanntlich in mehreren deutschen Ländern neuerdings geschehen ist, neue Grund- und Hypotheken-Bücher angelegt sind, in welche alle Uebertragungen von Grundeigenthum und Rechten daran eingetragen werden müssen, und in denen sich auch wohl besondere Rubriken für die Reallasten befinden; — wer wird in einem solchen Lande unsere Frage aufwerfen? Wie ist es aber gemeinrechtlich? Wie ist es in den vielen andern deutschen Ländern, die diese neue Einrichtung nicht haben? Hier finden sich jetzt freilich auch überall in den Gerichten Bücher, die wenigstens in den Städten bis in das vierzehnte Jahrhundert hinabreichen, aber seit dem sechszehnten auch in den Landgerichten immer gewöhnlicher werden, in welche die Uebertragung des Grundeigenthums, und hypothekarische Verbriefungen eingetragen wurden, Gerichtsbücher, über die aber nirgends gesetzlich bestimmt ist, was für eine Wirkung die Eintragung in dieselben haben soll. Wahrscheinlich nimmt Mittermaier für einen solchen Fall an, daß die Gewohnheit, der gerichtliche Gebrauch, die Stelle des Gesetzes vertrete. Uebrigens wird von der Nothwendigkeit der Ingrossation weiter unten (§. 15.) noch die Rede sein.

Zweiter Abschnitt.

Darstellung und Prüfung der Ansicht, daß eine Reallast durch Vertrag nicht neu begründet werden könne.

§. 6. Eichhorn.

Der vorige Abschnitt hat das Resultat geliefert, daß bis in das gegenwärtige Jahrhundert als herrschende Ansicht die hervorgetreten ist, daß eine Reallast durch Vertrag begründet werden könne. Dagegen hat die negirende Ansicht seit den zwanziger Jahren in Eichhorn und Mittermaier zwei sehr gewichtige Vertreter gefunden, auf deren Gründe daher ganz speciell einzugehen ist.

Eichhorn [22]) unterscheidet die beiden Fälle, ob der Realberechtigte an der belasteten Sache Proprietätsrechte hat oder nicht.

I. Für den letzten Fall verneint Eichhorn unsere Frage, „da dem Grundsatz, auf welchem die Regel beruhet, daß keine Servitut im Thun bestehen könne, sofern sie nur als solche betrachtet wird, kein eigenthümliches Princip des deutschen Rechts, sondern nur eine Ausnahme bei einzelnen Rechtsinstituten im Wege steht." Wie sich aus der Beziehung auf Kind (Quaest. for. II. c. 71. ed. 2) und Thibaut (Civ.Vers. I. S. 31) ergibt, ist Eichhorn's Ansicht mit andern Worten folgende: Der Satz des römischen Rechts, daß durch einen Vertrag nur die Contrahenten und ihre Erben, nicht aber auch dritte Personen berechtigt und verpflichtet werden, sei durch eine entgegenstehende Regel des deutschen Rechts nicht aufgehoben; derselbe Grund also, welcher der vertragsmäßigen Errichtung einer im Thun bestehenden Servitut im Wege stehe, lasse auch eine solche Begründung der Reallasten im heutigen Rechte nicht zu. —

Das ist aber eben noch zu beweisen, daß der obige Satz des römischen Rechts im vollen Umfange zur Anwendung gekommen ist; denn eine Präsumtion bestehet hierfür nicht (§. 12). Dieser Beweis ist aber um so unerläßlicher, als das ältere Recht die Begründung der Reallasten durch Vertrag zuließ, es also nicht unwahrscheinlich ist, daß sich, wie in vielen andern Fällen geschehen, das deutsche Institut, ungeachtet des Widerspruchs des römischen Rechts, dennoch erhalten habe.

---

22) Deutsch. P.R. §. 163 ff.

Zwei Ausnahmen läßt jedoch auch Eichhorn a. a. O. zu. „Ein Vertrag reicht zur Erwerbung solcher Gerechtsame hin,

1) wenn gemeine deutsche Gewohnheit oder partikuläres Recht die besondere Art der Leistung anerkennt. Das erstere darf wohl, vermöge der Natur der deutschen Erbverträge, bei den Arten der Leibzucht angenommen werden, die als eine Güterabtretung an den Erben zu betrachten sind; auch sind

2) Lasten zum Besten eines Grundstücks, vermöge welcher der Besitzer eines dienstbaren Gutes, Anstalten für die Ausübung von Dienstbarkeiten unterhalten oder ähnliche Vortheile gewähren muß, wohl nach einer entschiedenen Praxis hierher zu zählen."

Abgesehen von diesen beiden Fällen, fügt Eichhorn weiter hinzu, kann weder durch gerichtliche Bestätigung, noch durch Bestellung einer Hypothek, noch durch Ingrossation, noch durch Anerkennung der Verpflichtung durch den successor singularis bei Erwerbung der Sache, noch auch durch eine juris quasi traditio jede denkbare Art der Leistung unzertrennlich auf eine Sache gelegt werden.

II. In dem andern Falle dagegen, in welchem der Berechtigte Proprietätsrechte an der belasteten Sache hat, läßt Eichhorn [23]) den Vertrag als Entstehungsgrund der Reallast zu. Nach seiner Ansicht wird, wenn bei Uebertragung des dominium utile eine Leistung ausbedungen wird, dieselbe deßhalb zu einer Reallast, weil jeder nachfolgende Erwerber (abgesehen von den Wirkungen der Usucapion) entweder als Erbe des Vorgängers haften müsse, oder als Singularsuccessor das dominium utile nur durch Verleihung des Obereigenthümers, welche eine Erneuerung des ursprünglichen Contractes in sich enthalte, erlangen könne.

Was hier über die Entstehung der Leihezinsen und den Uebergang der Verpflichtung auf den Nachfolger gesagt worden, ist völlig richtig; wir würden daher hier einen Fall haben, wo eine der wichtigsten und am häufigsten vorkommenden privatrechtlichen Reallasten durch Vertrag begründet werden könnte, wenn nur die Leihe-

23) a. a. O. §. 164.

zinsen überhaupt unter den Begriff der Reallast gehörten [24]).

§. 7. (Mittermaier.)

Obwohl Mittermaier für die Entstehung der Reallasten durch Vertrag sich jetzt erklärt hat (§. 5) — weßhalb auch sein Name in Klammern eingeschlossen ist, — so ist seine frühere gerade entgegengesetzte Ansicht des geschichtlichen Zusammenhanges wegen nichts desto weniger hier vollständig darzustellen.

Der Begründung der Reallasten durch Vertrag steht nach seiner Ansicht [25]) die Bestimmung des römischen Rechts über Uebergang der Verträge auf Dritte im Wege, und nur ausnahmsweise läßt derselbe eine Reallast durch Vertrag begründet werden:

„1) wenn die Last mit einem gewissen Nexus, in welchem das Gut steht, im Zusammenhange ist, und durch Eintreten in den Gutsbesitz auch jeder in diesen Nexus mit allen Rechten und Lasten tritt,

2) oder wo Grund- und Gewähr- und Hypothekenbücher eingeführt sind, in welche alle Lasten eingetragen werden,

3) wenn der Vertrag nur die Anerkennung eines schon vorher begründeten Besitzstandes enthielt,

4) wenn stillschweigendes (?) Pfandrecht wegen der Reallast stipulirt ist,

5) wo die Last als Reallast von dem ursprünglichen Concedenten des Grundstücks dem Beliehenen auferlegt ist.“

Die Regel selbst muß, wie schon oben (§. 6. I.) dargethan ist, erst noch bewiesen werden. Was die Ausnahmen betrifft, so ist mir die erste nicht klar geworden, gegen die zweite finde ich nichts einzuwenden. Die dritte gehört aber gar nicht hierher, denn die Anerkennung des vorhandenen Besitzstandes kann nimmer als vertragsmäßige Begründung des Rechtes selbst gelten; die Anerkennung kann jedoch bei dem Beweise der Verjährung von Nutzen sein. Wegen der vierten verweise ich auf §. 2. Die fünfte endlich ist die bei Eichhorn §. 6. unter II. dargestellte. Von den Ausnahmen ist daher nur die zweite begründet.

---

24) Meine Reall. §. 48. 49. 50.

25) Deutsch. P.R. §. 176. Ausg. 4.

In der folgenden Ausgabe ist freilich Mittermaier[26]) in der Hauptsache seiner Ansicht treu geblieben, allein die Ausnahmen sind zum Theil ganz andere geworden. Er hält nämlich die Begründung der Reallasten ausnahmsweise für zulässig: „wenn

1) im Sinne des deutschen Rechts, nach welchem Investitur die Reallasten begründete, der Vertrag in öffentliche Bücher eingetragen wird, welche nach Landesgesetzen zur Begründung dinglicher Rechte eingeführt sind, oder
2) wenn die Reallast die Folge eines auf jeden Gutsnachfolger übergehenden Verhältnisses ist, so daß jeder, welcher in den Gutsbesitz eintritt, auch die begründete Last übernimmt (z. B. bei Gutsverleihung), oder
3) als Vergeltung für ein gewisses noch fortdauernd von dem Gutsbesitzer bezogenes Recht (z. B. für Weiderecht) die Reallast bestellt ist."

Die erste Ausnahme gehört wieder nicht hierher, da sie die Bestellung der Reallasten nur unter dem Schutze der Landesgesetze zuläßt. Die zweite ist die in der vorhergehenden Ausgabe unter Nr. 5. angeführte. Die dritte verstehe ich nicht; denn ist die Reallast einmal bestellt, so bleibt sie auch natürlich bestehen.

§. 8. Der Verfasser.

In meiner Monographie über die Reallasten[27]) habe ich gleichfalls unsere Frage verneint, mit Verwerfung aller Ausnahmen. Ich stützte mich dabei auf zwei Gründe; nämlich erstens auf den oft erwähnten Grundsatz des römischen Rechts, welcher schon oben (§. 6. I.) seine Beurtheilung gefunden hat, und zweitens auf den Untergang der Gewere. Durch die gerichtliche Auflassung habe nämlich das Recht des Realberechtigten den Charakter einer rechten Gewere, und eben dadurch die dingliche Eigenschaft erhalten. An die Stelle der Gewere, als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts, sei aber später die Theorie des römischen Rechts über jura in re getreten. Die gerichtliche Auflassung (Concurrenz des Richters) sei freilich in vielen Partikularrechten, aber mit ganz anderer Wirkung, wie früher, und zu ganz besondern Zwecken beibehalten, und

26) a. a. O. §. 196. Ausg. 5.

27) S. 126 ff. und S. 134.

so sei es unmöglich geworden, eine neue Reallast zu constituiren, da nicht die Concurrenz des Gerichts, sondern die durch die gerichtliche Auflassung begründete Gewere es einzig und allein möglich gemacht habe, die versprochene Leistung als Reallast auf ein Grundstück zu fundiren.

Jedoch erklärte sich schon der anonyme Recensent der Reallasten [28]) gegen diese Ansicht, und besonders zeigte Albrecht in seiner Recension [29]) die Unhaltbarkeit meiner Argumentation. Die gerichtliche Auflassung wurde nämlich durch das römische Recht nicht ganz und gar in allen ihren Beziehungen verdrängt, sondern sie verlor nur ihre frühere Bedeutung (§. 15). Eine rechte Gewere konnte daher durch dieselbe fortan freilich nicht mehr hervorgebracht werden, dieses war aber für die Bestellung neuer Reallasten völlig bedeutungslos; denn die Zinsgewere war nur ein Kunstausdruck zur Bezeichnung des Rechtes des Zinsherrn. Da nun ein Rechtsinstitut und insonderheit ein so wichtiges wie die constituirten und reservirten Zinsen, sich nicht mit einem Schlage vernichten läßt, so war nichts natürlicher, als daß man jener Grundlage eine andere zu substituiren suchte, was denn auch wirklich geschehen ist. Man legte dem Zinsherrn im Allgemeinen ein dingliches Recht (jus in re aliena) bei, und bezeichnete es specieller als jus census, jus censuarium, servitus; den Zins selbst, um seine innige Verbindung mit dem belasteten Grundstück anzuzeigen, nannte man census fundarius, Grundzins.

§. 9. Renaud.

Die neuste Ansicht, welche Renaud [30]) ausführlich zu begründen gesucht hat, zeichnet sich vor allen andern durch ihre Originalität aus. Zuvörderst stellt derselbe einen ganz eigenthümlichen Begriff der Reallast auf. Die Gewere an einem Gute [31]) habe einen reicheren Gehalt als das römische dominium gehabt, indem sie nicht blos einen Inbegriff rechtlicher Befugnisse auf das Grundstück selbst, sondern auch eine ausschließliche Befugniß über alle Fahrniß inner-

28) Rauer, Central-Blatt f. preuß. Juristen 1838. S. 262.
29) Krit. Jahrb. 1839. S. 322 ff.
30) Beitrag zur Theorie der Reallasten. 1846.
31) a. a. O. S. 25.

halb der Grenzen des Grundstücks ertheilt habe. Den namhaftesten Theil dieser Fahrhabe hätten aber die auf dem Grundstücke gezogenen Früchte nebst dem Vieh gebildet; der jedesmalige periodische Fruchtertrag oder Viehbestand werde ein Accessorium des fruchttragenden Grundstücks, so daß die Gewere an diesem auch die an jenem umfaßt habe. Als man nun später eine Theilbarkeit der Gewere zugelassen, so daß das Obereigenthum in einer, und das Nutzungsrecht in einer andern Hand sich befunden habe, so habe es auch möglich sein müssen, daß die Gewere am Gute vom Inhalte desselben getrennt worden, weßhalb man eine besondere Gewere an einem Theile (einem fixen Theile oder einer Quote) des Frucht- und Viehertrages angenommen habe. Aus den hieraus [32]) von dem Verfasser gezogenen Consequenzen construirt sich dessen Begriff der Realberechtigung als das dingliche Recht auf einen Theil (fixen Theil oder Quote) des periodischen Frucht- oder Viehertrags eines bestimmten Grundstücks. Obgleich, fährt Renaud [33]) fort, die Reallasten von den Servituten verschieden seien, so finde doch zwischen beiden Instituten eine Uebereinstimmung in dem wesentlichen Punkte Statt, „daß sie beide als solche Rechte vorkommen, die von der Gesammtheit der dem Grundbesitzer in seinem Grundstücke zustehenden Befugnisse abgelöst, dieselbe beschränken."

Später kommt Renaud auf die Frage, ob eine Reallast durch Vertrag errichtet werden könne, welche er nach seiner Ansicht über die Natur derselben verneinen muß. Ich halte es für zweckmäßig, um dem Leser eine klare Einsicht in dieselbe zu verschaffen, die Deduction Renaud's mit dessen eigenen Worten herzusetzen: „Bei [34]) der oben gegebenen Entwickelung des Begriffs der Reallasten sahen wir dieselben in einer zweifachen Eigenthümlichkeit des germanischen Rechts ihre Entstehung nehmen; nämlich einerseits in der Ansicht, wonach die Fahrniß als Accessorium des Grundstücks erschien, auf dem sie lag, wonach also das germanische Grundeigenthum um einen Bestandtheil reicher war als das römische, andererseits aber in der unendlichen Theilbarkeit der Gewere. Hiernach konnte von der

32) a. a. O. S. 25.
33) a. a. O. S. 29.
34) a. a. O. S. 105 ff.

Gesammtheit der im Eigenthum liegenden Befugnisse die Gewere an einem Theile der als Accessorium des Guts fungirenden Fahrhabe losgetrennt und in eine andere Hand als die des Gutsinhabers gebracht werden. Diese Zinsgewere, welche den Gutsbesitzer in der Gesammtheit der ihm am Grundstücke zustehenden Rechte beschränkt, konnte aber sowohl mit einer Gewere zu Ober- oder sogar zu vollem [35]) Eigenthum verbunden sein, als auch einem Dritten in ganz selbstständiger Weise zustehen. Wenden wir nun diesen Begriff zur Beantwortung der Frage an, ob heutigen Tages neue Reallasten durch Vertrag errichtet werden können, so müssen wir dieselbe entschieden verneinen. Betrachten wir nämlich die Entwicklung, welche das gemeine Recht in Folge des überwiegenden Einflusses der römischen Gesetzgebung genommen hat, so sehen wir, daß die ganze Rechtsanschauung, aus welcher sich die Reallasten einzig entwickeln konnten, verschwunden ist. Nicht blos erscheint heut zu Tage die Fahrniß nicht mehr als ein integrirender Theil des Grundstücks, als unmittelbarer Gegenstand des Eigenthums am Grund und Boden, indem sich hier vielmehr die römischen Rechtsprincipien schlechthin zur Geltung erhoben haben, sondern es ist die unbeschränkte Theilung der Gewere zur juristischen Unmöglichkeit geworden, und die Zahl der dinglichen Sachenrechte hat sich mit wenigen Ausnahmen (z. B. denjenigen des Nutzungseigenthums) in einer dem römischen Rechte entsprechenden Weise festgesetzt. Sind aber die Bedingungen weggefallen, bei deren Zusammenwirken einzig Reallasten entstehen konnten, so versteht es sich von selbst, daß keine mehr entrichtet werden

---

35) Dieser Fall ist juristisch unmöglich. Der aus dem Begriffe des Eigenthums mit Nothwendigkeit folgende Satz, daß Niemand an einer ihm zu vollem Eigenthum gehörenden Sache nicht noch andere besondere dingliche Rechte haben könne (abgesehen von den bekannten, durch ganz besondere Umstände motivirten Ausnahmen), gilt auch in Beziehung auf das Zinsrecht. Es ist von jeher unmöglich gewesen, daß der volle Eigenthümer eines Grundstücks von demselben einen Zins als Reallast beziehe. Ich erinnere an den Satz nemini res sua servit, welcher freilich zunächst in seiner Anwendung auf Servituten ausgesprochen, jedoch auf dieselben nicht zu beschränken ist, sondern nach der Natur des Eigenthums auf alle dinglichen Rechte volle Anwendung leidet.

können, daß namentlich eine vertragsmäßige Begründung des Fernern unmöglich ist."

Daß die Gewere an einem Grundstücke zugleich auch die Gewere an der auf demselben befindlichen Fahrniß im ältern Recht in sich begriffen habe, ist von Albrecht [36]) genauer ausgeführt, dabei aber auch erläutert, wie dieses zu verstehen sei. Wenn aber Renaud dem obigen Satze die Deutung gibt, daß die im Umkreise eines Grundstücks befindliche Fahrniß einen integrirenden Theil desselben ausgemacht habe, so muß man sich in der That wundern, wie eine durch ihre Originalität überraschende Behauptung, die den Schwerpunkt der ganzen Deduction bildet, ohne allen Beweis als ein über allen Zweifel erhabenes Dogma hat hingestellt werden können. Die einfachste und zugleich bündigste Art der Beweisführung würde aber die Nachweisung gewesen sein, daß mit dem Grundstücke selbst stets auch die Fahrniß auf den neuen Erwerber übergegangen sei. Allein dieses ist im deutschen Rechte niemals der Fall gewesen [37]). Es ist zu bekannt, als daß ich die Quellen hier anzuführen brauchte, daß von den ältesten Zeiten an bei Beerbungen auf denjenigen Erben, welcher die Grundstücke erhielt, nicht auch stets die ganze Fahrniß überging, diese vielmehr, wenn der Grundbesitz an die Brüder fiel, zum größten Theile den Schwestern zu Gute kam. Und nun gar bei Veräußerung unter Lebendigen! Ist es nur denkbar, daß in dem Verkaufe rc. eines liegenden oder stehenden Eigen auch die sämmtliche Fahrniß begriffen worden sei, und daß ihr die accessorische Eigenschaft vorher erst habe entzogen werden müssen, wenn der Veräußerer die Fahrniß habe behalten wollen? So wie im heutigen Recht, ist dieselbe von jeher ausgenommen gewesen.

Nach dem, was Renaud von der unbeschränkten, unendlichen Theilbarkeit der Gewere sagt, sollte man wirk-

---

36) Gewere, S. 19 ff.

37) Der Fall, daß Grundstücke mit den darauf angesetzten Unfreien und ihrer Habe einer milden Stiftung tradirt werden, — wie z. B. Dono — ad monasterium S. Galli — omnia quidquid mihi pater — dereliquit in hereditatem — Id est casis, domibus aedificiis, mancipiis — mobilibus atque immobilibus — (Neugart, cod. dipl. Alam. I. N. 147) — gehört natürlich nicht hierher.

lich auf den Gedanken kommen, daß es im ältern Rechte von den verschiedensten Arten der Gewere gewimmelt habe. Das ist aber gar nicht der Fall; die einzelnen Arten der Gewere, deren Zahl eben nicht größer war, als die der römischen dinglichen Rechte, hatten ihren sehr bestimmt ausgeprägten Charakter, und eine willkührliche Vermehrung derselben, worauf eine unbeschränkte Theilbarkeit der Gewere nothwendig hätte führen müssen, ist niemals vorgekommen.

Dritter Abschnitt.

Versuch einer anderweiten Begründung der Ansicht, daß auch im heutigen Recht eine Reallast durch Vertrag bestellt werden kann.

§. 10. Standpunkt der Untersuchung.

Wenn wir einen Blick auf die für und gegen unsere Frage vorgebrachten Gründe zurückwerfen, so finden wir, daß dieselben rein theoretischer Art sind. Es sind Argumentationen bald aus allgemeinen Grundsätzen, bald aus der speciellen Natur der Reallasten. Auf diesem Wege wird aber unsere Frage jetzt nimmer entschieden werden können. Wenn zu Anfang des 16ten Jahrhunderts — wo aus dem Widerspruche deutscher und römischer Institute nach und nach erst durch Unterdrückung des einen, oder durch Verschmelzung beider zu einem neuen Institute, ein geordneter Rechtszustand sich bilden sollte, — wenn zu Anfang des 16ten Jahrhunderts, sage ich, eine Anzahl Juristen zusammengetreten wäre, um z. B. die Frage zu erörtern, ob durch den Rentenkauf und unter welchen Formen ein Grundstück wie früher mit einer Reallast beschwert werden könne, so hätten sie von allen jenen Gründen Gebrauch machen und den Rentenkauf verwerfen oder zulassen können; denn in ihrer damaligen Stellung befanden sie sich ganz und gar auf dem Gebiete der Theorie, und andere Gründe standen ihnen nicht zu Gebote.

Aber im Verlaufe der Zeit mußte sich dieser Zustand wesentlich ändern. Von dem Gebiete der Theorie mußte der Standpunkt zur Beantwortung unserer Frage auf das der Praxis (Geschichte, Erfahrung) verpflanzt werden, und etwa gegen das Ende des 16ten Jahrhunderts war unserer Frage mit theoretischen Gründen nicht mehr beizukommen; sie war nunmehr ein Factum geworden; da-

her kann die Antwort darauf nicht mehr auf bloße Rechtsgründe gestützt, sie muß vielmehr auf die zur Bewahrheitung einer geschichtlichen Thatsache überhaupt gebräuchlichen Beweismittel gegründet werden. Als solche Beweismittel bieten sich hier die Urkunden über wirklich abgeschlossene Rechtsgeschäfte und die Zeugnisse der juristischen Schriftsteller dar.

Die Beweisführung selbst zerfällt in zwei Theile:

1) in die Darlegung der rein deutschrechtlichen Grundsätze über Begründung der Reallasten durch Vertrag und
2) in die Beantwortung der Frage, ob und in wie weit jene Grundsätze durch die Einwirkung des römischen Rechts alterirt worden sind.

Meine Beweisführung muß ich jedoch, wie schon oben (§. 1.) bemerkt ist, auf zwei Hauptarten der Reallasten, nämlich den census constitutivus und reservativus beschränken, weil in der Regel nur von diesen beiden die Beweismittel Nachricht geben.

Erstes Kapitel.

Census constitutivus.

§. 11. I. Begründung desselben nach den Grundsätzen des ältern deutschen Rechts.

Nach den Grundsätzen des ältern deutschen Rechts konnte die Verpflichtung zu einem Geben oder Thun in der Weise an ein bestimmtes Grundstück geknüpft werden, daß sie mit diesem auf jeden Besitzer überging. Um dieses zu bewirken, war aber eine bestimmte Form erforderlich, nämlich die der gerichtlichen Auflassung. Zum Beweise will ich folgende Urkunden anführen:

Kindlinger, Münster. Beit. Th. 3. Nr. 153. vom Jahr 1353:

Es wird eine Rente aus einem bestimmten Grundstücke verkauft, dann heißt es weiter: Protestans me, uxorem meam ac etiam omnes meos coheredes eosdem reditus coram F — tunc judice ac Vrygravio — manumisisse ore simul et manu ut est juris, eisdem renuntiasse et deinceps nullum jus in eisdem reditibus obtinere.

Daselbst Nr. 145 vom Jahr 1340:

(Wie oben) — hujusmodi reddituum venditionem resignationem et assignationem — coram — libero comite, qui Vrigreve vulgarites dicitur — fecimus — sicut moris est et juris.

Kindlinger, Geschichte der Familie — Vollmerstein Th. 2. Nr. 106 vom Jahr 1393:

Wy bekennet dat wy — hebbet verkofft 2 mark ewiger gulde erflike to besittene ut dem hove N. und — hebben desse twe mark upgelaten und upgedragen vor H. richter to S. in gerichte, do her den richterstoel hadde.

Würdtwein, dipl. Mag. I. Nr. 80 vom Jahre 1351:

— Henricus — unum forensem, videlicet quatuor modios tritici — — annue pensionis de dimidio manso sito in campis ville A — Dno S. de S. — vendidit — — approbatione ejusdem prout moris est, in plebiscito W. legitime subsecuta [38]).

Durch die gerichtliche Auflassung erwarb der Rentenkäufer die Gewere am Zinse (Zinsgewere).

Schöffenurtheil (bei Böhme) dipl. Beitr. B. 2. Th. 6. S. 114. (Auch bei Leman, das alte Kulm. R. S. 110):

verkawft ein man dem andirn ein erbe — und vorswiget dem kawffman in dem kawffe und vorreichint des ierlichin cinses der uff demselben erbe — stet, so sal der man sinen czins behalden, als her den in gewere hot in dem verkawften erbe

Statuta Rigens. 22. (Pufend. obs. III. app. p. 231):

— de den erue tynss koefte und de en yn syner were hefft [39]).

---

38) Noch andere Belege bei Albrecht, Gew. Note 361. Kraut, Grundriß §. 115. Auer, das Stadtr. v. München S. CXXX. ff.

39) Noch andere Belege bei Albrecht, a. a. O. Note 402. In einer compromissarischen Entscheidung über eine Zinsberechtigung im Jahr 1454 wird behauptet, die eine Partei habe den Zins in „offhebendiger Gewere." Einen Zins aufheben (tollere) heißt, denselben in Empfang nehmen, erheben. (Entdeckter Un-

Dadurch nun, daß die Zinsgewere dem Zinsherrn eine Klage gegen jeden Besitzer des belasteten Grundstücks gewährte [40]), wurde die Eigenschaft des Zinses als einer Reallast begründet.

§. 12. II. Einfluß des römischen Rechts.

Ein Ereigniß, wie die Reception des römischen Rechtes, mußte den bisherigen Rechtszustand in unserm Vaterlande in seinen Grundfesten erschüttern, aber zusammengestürzt sind diese nicht. Es kann nicht oft und nachdrücklich genug wiederholt werden, wie falsch die noch immer nicht völlig aufgegebene Ansicht ist, daß sich das deutsche Recht zum römischen wie die Ausnahme zur Regel verhalte, daß also zu vermuthen sei, der römische Rechtssatz sei zur Anwendung gekommen, während dieses von einem vom römischen Rechte abweichenden Rechtssatze des deutschen Rechts bewiesen werden müsse, eine Ansicht, die im 16ten Jahrhunderte die herrschende war [41]). Das Verhältniß des römischen Rechts zum deutschen ist einfach dieses, daß beide mit gleicher Berechtigung der Geltung neben einander bestehen. Welches von beiden bei widersprechendem Inhalte den Sieg davon getragen, kann nicht durch Präsumtionen, sondern nur auf dem Wege der Erfahrung entschieden werden. Machen wir nun hiervon die Anwendung auf unsere Frage, so kommt es lediglich darauf an, ob nach der Reception des römischen Rechts Reallasten durch Vertrag errichtet worden sind.

Da sich die Beweisführung hier zunächst auf den Rentenkauf beschränkt, so ist vorerst einer Behauptung Albrecht's [42]) Erwähnung zu thun, welche, wenn sie richtig wäre, den Rentenkauf als ein selbstständiges Rechtsinstitut vernichten würde. Albrecht ist nämlich der Ansicht, daß das Verhältniß zwischen dem Rentenkäufer und Verkäufer den Charakter der neuen Satzung angenommen habe, daß also das Recht des Rentenkäufers sich in eine bloße Hypothek aufgelöset habe (vergl. §. 1.). Diese Ansicht findet

---

grund derjenigen Einwendungen, — gegen des hohen Teut. Ritter-Ordens Immedietät Beil. Nr. 11.)

40) Albrecht, Gew. §. 12. 13. 18.

41) Eichhorn, deut. P. R. §. 14.

42) Gew. S. 177 ff.

sich jedoch nur in einzelnen Statuten [43]); im Allgemeinen ist das Wesen der durch den Rentenkauf constituirten Rente unverändert geblieben; der Rentenkauf ist vielmehr durch das zinsbare Darlehn nur in den Hintergrund gedrängt worden [44]).

Dagegen ist fast ganz allgemein das strenge Executions-Verfahren des alten Rechts im Verlauf der Zeit verschwunden; denn die Bestimmung desselben, daß, wenn der Zinsmann die Reallast nicht abführe, dem Zinsherrn das ganze Grundstück adjudicirt werden solle [45]), wurde schon seit dem 14ten Jahrhundert durch ausdrückliche Verabredung häufig dahin gemildert, daß das belastete Grundstück dem Zinsherrn nicht unwiderruflich zufallen, sondern daß es ihm nur so lange eingeräumt werden solle, bis er durch dessen Benutzung wegen Capitals und rückständiger Zinsen befriedigt sei [46]). (S. d. Urk. v. 1558 im §. 15.)

Das Wesen der Grundrente wurde aber durch eine solche Verabredung nicht berührt, eben so wenig wie durch die Verfügung der Reichsgesetze, daß dem Rentenverkäufer das Recht des Wiederkaufs (der Ablösung) zustehen solle. Verabredungen der Art finden sich schon in Rentenkaufs-Verbriefungen des 14ten Jahrhunderts sehr häufig [47]).

Daß ein so wichtiges Rechtsgeschäft wie der Rentenkauf nicht mit einem Male verdrängt werden konnte, läßt sich schon von vornherein annehmen; zumal da eine hypothekarische Forderung längst nicht dieselbe Sicherheit gewährt, wie die auf ein Grundstück fundirte Rente. Es lag daher im Interesse des Berechtigten den Rentenkauf festzuhalten; eine Hypothek kann nämlich durch eine privilegirte entkräftet werden; außerdem gehen ihr die Forderungen der ersten Concurs-Klasse (absolut privilegirte Forderungen) stets vor, ferner stehet dem dritten Besitzer eines Pfandstücks die Einrede der

---

43) Meine Reall. §. 16. a. E.

44) Phillips, deut. P.R. §. 114. im Anf.

45) Meine Reall. §. 16. II.

46) Würdtwein, dipl. Mag. I. N. 85. a. 1363. Mon. Boica, XVIII. p. 352. a. 1419. XVII. p. 202. a. 1476; p. 276. a. 1558. Vergl. auch Albrecht, a. a. O. Note 447.

47) Würdtwein, l. c. I. N. 81. a. 1356. N. 85. a. 1363. N. 91. a. 1374. N. 93, 94 u. 95. a. 1382. N. 98. a. 1390.

Vorausklage zu Gebote, und endlich hat der Darlehnsgläubiger das Recht der Kündigung, — welches alles bei einem durch den Rentenkauf constituirten Zinse nicht Statt findet.

Dieser Verschiedenheit war man sich auch sehr wohl bewußt; daher lauten die Verschreibungen über einen Rentenkauf ganz anders als über ein hypothekarisches Darlehn. Mitten unter den weiter unten (§. 15.) aus von Meiern mitzutheilenden Rentenkaufs-Verbriefungen aus dem 16ten Jahrhundert befindet sich auch eine hypothekarische Schuldverschreibung, welche ich zur Vergleichung hersetze.

von Meiern, die Rechtmäß. des 6. Zinsth. S. 91. Nr. 61. v. J. 1571:

Witlich sy einem Ersamen Rade — dat — H. L. vnd A. E. burgere to Mollen dem — H. D. burger doselbst — heute Souentig mark lubsch houetstols — geliehen vnd vorgestreckett de 70 marck soll und will H. D. Jarlichs — mit veer marck vnd 4 schilling vorrenten; damit nu gemelte Creditorn — von wegen der 70 marck desto mehr versekeret sin mugen, so hefft H. D. — sin Huss vnd Hoff — sampt sinen reidesten gutern thom vnderpande gesettet vnd Hypothecieret. — —

Interessant ist übrigens, wie die Juristen, wenn gleich die gekaufte Rente statutarisch die Natur einer persönlichen mit einer Hypothek versehenen Forderung angenommen hat, dennoch, abgesehen von der Herausgabe der Hyperocha, die alte Natur der Rente festhalten. Ich will hier blos Mevius († 1670) als Beispiel anführen. Das lübische Recht enthält B. 3. Tit. 8. Art. 13. über gekaufte Renten folgende Bestimmung:

— Gibt er ihme aber die Rente nicht, so mag der Rentener mit dem Hause, als seinem Pfande, nach Lübischem Rechte verfahren.

Hiernach sollte man glauben, wäre die Verwandlung der Natur der gekauften Renten deutlich genug ausgesprochen; nun aber sagt:

Mevius, ad jus Lubec. lib. 3. tit. 6. art. 8. n. 20.

— Hoc praenotato manifestus est illorum error, qui in praxi sua turpitudine, et maximis clientum damnis, quae in jure nostro statuta sunt, de anno reditu, ad eas obligationes referunt, quibus pro mutua pecunia domus vel alia

res immobilis obligatur, et in libro publico tanquam hypotheca ascribitur. Hoc enim est hypothecam habere in re pro personali obligatione, aliud est super re emere reditum. Multum hae differunt phrases: Geld auf ein Hauss leyhen und Rente in ein Hauss kauffen. Pluribus sententiis scio rejectum illum errorem, et hypothecarias actiones non aestimatas fuisse jure constituti reditus.

Die Folgen dieser Ansicht zeigen sich nach

Mevius, l. c. lib. 3. tit. 8. art. 13. n. 7. in Nachstehendem: Et quia hic agitur de censu seu reditu plane reali, super certo praedio constituto, is tanquam servitus ac onus reale quemvis possessorem sequitur, nec is exceptione excussionis, quae hypothecariae contra tertium agentem objici solet — seu (leg. se) tueri poterit.

§. 13. Der Rentenkauf im 16. Jahrhundert.

Nach diesen Vorbemerkungen gehe ich zur Beweisführung selbst über:

Den evidentesten Beweis, daß der Rentenkauf bis in das 17te Jahrhundert in sehr lebhafter Uebung geblieben, liefern uns die Reichsgesetze [48]). Freilich setzen dieselben nur das Verhältniß der Gülten zu dem Kaufpreise fest; daraus folgt aber doch wenigstens so viel, daß der Rentenkauf noch immer sehr häufig vorgekommen sein muß, wie denn auch die Reichsgesetze ausdrücklich sagen, daß „die Wiederkaufs-Gülten allenthalben in Landen gemein seyn." Ferner erklärt der Deput.-Abschied von 1600 §. 35. das Versprechen des Rentenverkäufers, daß er sich, falls er mit den jährlichen Renten im Rückstande bliebe, zur Zurückzahlung von Capital und Zinsen verbindlich mache, für gültig.

Außerdem ist auch die Ansicht derjenigen Juristen von Wichtigkeit, welche die Reallasten als hypothekarische Forderungen auffassen (§. 1.). Man siehet, wie sie mit genauer Anschließung an das alte Recht die Entstehung gewisser Rechtsverhältnisse durch Vertrag festhalten, und dem Widerspruche mit dem römischen Rechte dadurch

48) R.Pol.O. v. 1530. Tit. 26. §. 7; v. 1548. Tit. 17. §. 7; v. 1577. Tit. 17. §. 9.

zu entgehen suchen, daß sie das Rechtsgeschäft in eine dem fremden Rechte geläufige Form einkleiden. Dennoch aber können sie nicht umhin, manche Rechtssätze festzuhalten, welche der Reallast eigenthümlich sind [49]). Das Factum stehet aber fest, daß gerade die ältesten Juristen die Begründung der Reallasten durch Vertrag zulassen.

Ueberdieß bieten auch die Urkunden-Sammlungen eine sehr große Zahl von Verbriefungen über Rentenkäufe dar. Ich will hier nur eine ungedruckte mittheilen, weil sie uns, wegen ihres Zusammenhanges mit vielen andern ungedruckten Urkunden, über das Vorkommen des Rentenkaufes im 16ten Jahrhundert Aufschluß gibt. Unter den von mir eingesehenen Rathsbüchern der Stadt Goettingen umfaßt das älteste die Jahre 1511 bis 1583; es ist ein im Anfange defectes Copiarium, in welches die Verbriefungen über solche Rentenkäufe, welche der Rath der Stadt Goettingen selbst abgeschlossen, eingetragen sind. In der Regel tritt er als Verkäufer auf, und fundirt die Rente, wie Corporationen überhaupt zu thun pflegten, auf der Stadt Renten, Schloß und Güter. Die erwähnte Urkunde ist diese:

Goettinger Stadtbuch von 1511 fol. 329 vom Jahr 1568:

Wyr — Rathmanne zu Gottingen bekennen vor unss und unsere nachkommen Im Rade, — Das wir — haben verkauft vnd verkauffen legenwertigk In kraft dieses briefes, dem — L. R. seinen wohren erben vnd Inhabern dis briefes mit Irem wissen vnd guten willen zwolff — thaler widderkauflichs Zinses vor vnd vmb Drey hundert — thaler hauptsumme. — Demnach — geloben wir obbenanten L. R. — beruthe Zwolff — thaler — aus vnd von unser Stad schosse, Renthen, gütern zu weren — — Und so lauten die andern mit unwesentlichen Abänderungen bis zum Jahr 1583.

Hierbei muß ich noch auf zwei für den häufigen Gebrauch des Rentenkaufes im 16ten Jahrhundert zeugende Umstände die Aufmerksamkeit der Leser hinlenken. Nämlich erstens habe ich in dem erwähnten Copiarium unter etwa 300 Rentenkaufs-Verbriefungen nicht

49) Meine Reall. §. 4.

eine einzige hypothekarische Schuldforderung gefunden; daß diese in ein besonderes Buch eingetragen worden, welches verloren gegangen, ist sehr unwahrscheinlich. Der einzige Weg also, durch welchen sich der Goettinger Stadtrath Capitalien des 16ten Jahrhunderts verschafft hat, ist der des Rentenkaufes gewesen.

Der zweite Punkt, auf den ich viel Gewicht lege, ist der, daß die eingetheilte Verschreibung, wie die meisten des Copiariums, des Inhabers erwähnt. Ich habe in dieser Zeitschrift [50]) nachgewiesen, daß es im 14ten und 15ten Jahrhunderte ganz gewöhnlich war, in den Rentenkaufs-Verbriefungen neben dem Käufer und seinen Erben auch den Inhaber des Briefes mit ihrem (guten) Willen als berechtigtes Subject zu benennen. Die Hinzufügung des Inhabers hatte den Zweck, die Verbriefung zu einem leicht übertragbaren Papiere zu machen, denn der Inhaber desselben galt ohne weitere Legitimation als Cessionar. Diesen Vortheil des rascheren Umsatzes derartiger Verschreibungen konnte man aber nur durch Beibehaltung des Rentenkaufes erreichen; denn nach römischen Grundsätzen ist die Hinzufügung eines ungenannten Dritten unstatthaft; der Uebergang einer derartigen Forderung durch Singular-Succession kann nur auf dem Wege der Cession geschehen, welche der Cessionar zu beweisen hat.

§. 14. Der Rentenkauf seit dem 17ten Jahrhundert.

Daß der Rentenkauf auch das 17te Jahrhundert hindurch bis auf die Gegenwart in Uebung geblieben ist, kann ich auf gleiche Weise aus Rentenkaufs-Verbriefungen nicht beweisen; denn die Urkunden-Sammlungen, welche für die früheren Jahrhunderte ein so reichhaltiges Material liefern, theilen über das 16te Jahrhundert hinaus nur höchst selten eine Urkunde privatrechtlichen Inhalts mit. Dagegen fehlt es nicht an Beweisen anderer Art.

Hierher gehört zunächst die Bestimmung des Hamburger Stadtr. von 1603. P. 2. T. 1. A. 5.

Ebenmässig mag einer Erbzins zu Latein annuos reditus genannt, in Häusern, liegenden Gründen und sonsten, mit grobem gelde, wie von Alters ist herkommen, und denn ietzigem gewöhnlichen Gebrauche nach

50) B. 5. S. 32—44.

mit Müntz-Gelde, fur jede hundert Marck Müntze, jährlich fünf bis auf sechs Marck Geldes — kauffen.

Diese Stelle stehet im Titel vom Darlehn. Daneben enthält Pars 2. Tit. 4. noch besondere Bestimmungen über die Pfandschaften. Nur darin stehen sich hier der Rentenkäufer und der Pfandgläubiger gleich, daß das Verfahren zur Realisirung ihres Rechtes für beide ganz dasselbe ist, nämlich Verkauf des belasteten oder verpfändeten Grundstücks, wobei der Ueberschuß herausgegeben werden muß [51]). In Hamburg blieb der Rentenkauf bis gegen das Ende des 17ten Jahrhunderts vorherrschend und erst seit dieser Zeit kam das zinsbare Darlehn mit hypothekarischer Sicherheit immer mehr und mehr in Gebrauch [52]).

Im Trierschen Landrechte von 1713 werden Tit. 14. §. 1. [53]) das zinsbare Darlehn und der Rentenkauf neben einander erwähnt, mit der Bestimmung, daß in beiden Fällen nur fünf Procent genommen werden sollen. Darauf wird in §. 4 und 5 noch weiter verfügt, daß der Rentenkäufer weder sich die Kündigung vorbehalten, noch das Kündigungsrecht des Verkäufers beschränken dürfe.

Uebrigens pflegen die Partikular- und Statutar-Rechte dieser Zeit den Rentenkauf gar nicht zu erwähnen, woraus aber nach der bekannten Beschaffenheit dieser Quellen, die zum größten Theil nur polizeiliche Verfügungen enthalten, Niemand den Schluß ziehen wird, daß der Rentenkauf daselbst nicht in Uebung gewesen.

Den schlagendsten Beweis, daß der Rentenkauf fortwährend im Gebrauche geblieben ist, liefern die Schriften der Praktiker des 17ten und 18ten Jahrhunderts. Ich will hier nur drei Gewährsmänner anführen. Stryck handelt bei Gelegenheit der Zinsen (usurae) auch von den wiederkäuflichen Gülten, und zeigt ihre Verschiedenheit von den Darlehnszinsen mit der Bemerkung:

Us. mod. pand. lib. 22. tit. 1. §. 38. seqq.

Transeo itaque ad novum genus palliatarum usurarum, —

---

51) P. 1. T. 42. A. 2. u. 3. vergl. mit P. 1. T. 16. A. 6.

52) Gries, die hamburg. Stadt- Erbe- und Renten-Bücher (1830) S. 25. Note *).

53) von der Nahmer, Handb. d. Rhein. Part. R. II. 651.

intelligo annuos reditus redimibiles: Wiederkäufliche Zinsen, jure civili quidem incognitos, sed jure canonico et moribus satis notos.

Ganz auf dieselbe Weise findet sich die Sache bei Lauterbach [54]) und Hofacker [55]).

Es unterliegt nach dem Vorstehenden keinem Zweifel, daß der Rentenkauf das ganze 17te und 18te Jahrhundert hindurch in Uebung gewesen ist, wenn gleich nicht mehr ein so häufiger Gebrauch davon gemacht wurde, wie vor der Reception des römischen Rechtes. Auch im gegenwärtigen Jahrhundert ist der Rentenkauf nicht außer Gebrauch gekommen, denn in sämmtlichen Lehrbüchern des heutigen deutschen Rechts wird derselbe als ein selbstständiges vom hypothekarischen Darlehn verschiedenes, nach den Grundsätzen des ältern Rechts zu beurtheilendes Rechtsgeschäft dargestellt.

Durch die vorstehende Beweisführung ist die Thatsache festgestellt, daß nicht blos der Rentenkauf fortwährend im Gebrauch geblieben ist, sondern daß auch Lasten anderer Art, nach den Regeln der im Thun bestehenden Servituten durch Vertrag neu auf Grund und Boden fundirt worden sind. (§. 2.)

Der Einwand, daß die seit dem 16ten Jahrhundert durch Rentenkauf constituirten Renten die Natur hypothekarischer Forderungen angenommen hätten, hat schon oben (§. 12) seine Widerlegung gefunden. Das das Wesen der gekauften Renten unverändert bleiben mußte, ist um so nothwendiger, als sich nur eben unter dieser Voraussetzung die Beibehaltung des Rentenkaufes erklären läßt.

Darin sind auch die Juristen bis zum Anfange dieses Jahrhunderts völlig einig, daß die durch Rentenkauf oder auf andere Weise constituirten Renten als Reallasten angesehen werden müßten. So sagt z. B.:

Hofacker, l. c. (1794) t. 2. §. 1153:

Emtori redituum jus ipsi praedio inhaerens, servituti simile, constitutum censetur; und

Krüll, Deutsch. Priv.R. (1805) §. 160:

„Jeder Grund- oder Bodenzins ist seiner Natur nach eine dingliche Last, er mag aus der Verleihung eines Grund-

54) Coll. th. pract. lib. 22. tit. 1. §. 38. seqq.

55) Princ. juris civilis tom. 1. §. 1151. seqq.

stücks" (es wird hierunter, wie sich aus §. 159 ergibt, der census reservativus im Sinne des alten Rechts verstanden) „oder aus einem verschleierten Darlehn herrühren." (Rentenkauf.) Vergl. auch §. 191.

§. 15. Form des Vertrages.

Trotz ihrer Uebereinstimmung über die Möglichkeit einer vertragsmäßigen Errichtung der Reallasten, herrscht unter den Juristen über die anzuwendende Form ein großer Streit, und dieser Punkt ist ein Hauptgegenstand der gegenwärtigen Untersuchung.

Eine befriedigende Antwort ist auch hier nur auf historischem Wege aufzufinden. Bis zum Ausgange des 15ten Jahrhunderts mußte die Rente durch gerichtliche Auflassung constituirt werden. Seitdem erhielt das römische Recht in unserm Vaterlande einen überwiegenden Einfluß, welcher sich auch darin zeigte, daß die gerichtliche Auflassung ihre Bedeutung verlor, indem nach der neuen Theorie des römischen Rechts zur Erwerbung eines dinglichen Rechtes schon die außergerichtliche Uebergabe, wie beim Eigenthume, oder der einfache Vertrag, wie bei der Hypothek, hinreichte. Daß aber die gerichtliche Auflassung völlig außer Uebung gekommen sei, ist eine durchaus irrige Behauptung. Die Oeffentlichkeit und die dadurch herbeigeführte Gegenwart vieler Zeugen, die etwa üblichen solennen Worte, die symbolische Tradition, das Friede-Wirken des Richters [56]), verschwanden freilich völlig; allein die Concurrenz des Richters blieb bis auf den heutigen Tag bestehen; denn mag man über den gemeinrechtlichen Charakter der gerichtlichen Auflassung denken wie man will, so stehet doch die Thatsache fest, daß Uebertragung von Grundeigenthum und Rechten daran unter Zuziehung des Richters der belegenen Sache zu geschehen pflegt, freilich in den einzelnen Ländern unter sehr verschiedenen Formen, und mit sehr verschiedenen Wirkungen.

Ich kann daher auch der oben (§. 5) ausführlich mitgetheilten Ansicht Albrecht's, welcher auch Maurenbrecher [57]) und Phillips [58]) zugethan sind, daß, nachdem die gerichtliche Auflassung außer

56) Phillips, deutsch. Priv.-R. 3. Ausg. §. 61.

57) Deutsch. Priv.-R. §. 253. Ausg. 1. §. 323. Ausg. 2.

58) Deutsch. Priv.-R. §. 119. Ausg. 3.

Uebung gekommen, nunmehr die Reallasten durch simpeln Vertrag begründet werden könnten, nicht beitreten. Solche Sprünge kommen auch in der Rechtsbildung nicht vor. Es ist zu erwarten, daß man dasjenige festgehalten habe, was von der gerichtlichen Auflassung bestehen geblieben war, nämlich die Concurrenz des Richters der belegenen Sache, welcher den Vertrag bestätigte.

Von Meiern theilt uns aus den Rathsbüchern der Stadt Möllen eine Reihe von Extracten über Rentenkäufe seit dem 14ten bis in das 16te Jahrhundert mit, wobei ich darauf besonders aufmerksam mache, daß die Formel des Kaufes ganz unverändert geblieben ist. Ein Kaufbrief aus dem 14ten Jahrhunderte vom Jahr 1335 lautet:

von Meiern, Rechtmäßigkeit des 6ten Zinsthalers S. 74:

Nos consules civitatis de molne presentibus protestamur, Johannem — emisse rite justo tytulo emptionis in civitate nostra duarum marcarum redditus pro XXIV marcis denariorum lubicensium in area seu hereditate hermanni —

Ganz übereinstimmend ist die Formel in den Kaufprotokollen des 16ten Jahrhunderts:

Daselbst, S. 88. Nr. 51. v. Jahr 1519:

Witlick vnnde openbare szy dem Rade tho Mollen — dat de Kalandes Heren tho Mollen hefft ghekofft rechtes kopes viff mark Jarliker renthe vor hundert marck houetstols In dat erue vnnde schunen Hans Honeschen —.

Daselbst, S. 91. Nr. 62. v. Jahr 1576:

Witlick sy — (wie oben) dat de Arbeitsame heinrich St. — hefft gedan dem bescheiden Claus Vit in sin Hufs vnnd Hoff — Ein hundert marck lüb. welche gedachter Claus Vit schal vnd wil Jahrlichs mit sefs mark vorrenten. (Die Form der hypothekarischen Schuldverschreibung ist oben (§. 12) mitgetheilt.)

Man wird mir nicht den Einwurf machen, daß dieses ein ganz vereinzeltes und daher nichts beweisendes Beispiel einer einzigen Stadt sei, wo die Rentenkäufe durch Eintragung in die Rathsbücher bestätigt worden; denn es ist weiter nichts, wie die Anwendung

eines echtdeutschen Grundsatzes: es ist die gerichtliche Auflassung, so weit sie noch bestehen geblieben ist.

Zum Schlusse will ich noch eine Baier'sche Rentenkaufs-Verbriefung vom Jahr 1558 mittheilen:

Monum. B. t. 17. p. 276:

Ich — Bekhen — Das ich — In crafft deses brieffs zukauffen Gegeben — ainen halben gulden Rechter und Jarlicher gült, von, ab und aus Meiner behausung. — (Wegen der rückständigen Zinsen wird dem Käufer das Pfändungsrecht eingeräumt.) — kuntten si aber pfant nit bekhumen, alsdan (haben sie Macht und Gewalt) die verschrieben behausung Einziehen, die Inhaben So lanng weyt und vil sy aller haubt Summa, verfalner gültn gewerth Sind [59]).

Diese Urkunde ist durch den Stadtrath, als den Richter der belegenen Sache, besiegelt.

Das Resultat ist daher folgendes:

Das ganze 16te Jahrhundert hindurch sind Grundrenten durch Vertrag, welcher jedoch von dem Richter der belegenen Sache confirmirt werden mußte, begründet worden.

Seit dem 17. Jahrhunderte scheint diese Ansicht durch eine andere verdrängt worden zu sein, welche die Begründung durch Vertrag noch mehr erleichterte. Diejenigen Juristen nämlich, welche die Grundlasten unter den Begriff der Servituten gestellt hatten, wandten die hiefür im römischen Rechte geltenden Grundsätze alsbald auch auf die Reallasten an. Da nun zur Bestellung einer Servitut die Concurrenz des Richters nicht nothwendig ist, so hielt man sie auch ganz consequent bei der Bestellung der Reallasten für entbehrlich; nur darüber wurde gestritten, ob zum Vertrage auch noch die quasi-traditio hinzukommen müsse (§. 2), was von der bei weitem größten Mehrheit angenommen wurde, weil dieselbe nach der gemeinen Ansicht der ältern Juristen auch bei den Servituten nothwendig war.

Da nun aber die Reallasten als eine besondere Art der Servituten nicht betrachtet werden können, so müssen auch die auf diese Eigenschaft gestützten Folgerungen als irrig aufgegeben werden.

---

59) Vergl. daselbst, t. 17. p. 271 und 273 zwei Urkunden vom Jahr 1552; p. 278 und 279 zwei Urkunden v. J. 1562.

Uebrigens ist es mir sehr wahrscheinlich, daß die obige Ansicht eine mehr theoretische geblieben ist, und daß die Contrahenten in den meisten Fällen die Concurrenz des Richters dennoch nachgesucht haben.

Hierfür spricht auch noch besonders der Umstand, daß alle ältere Partikularrechte [60]), welche des Rentenkaufs erwähnen, die Confirmation des Richters verlangen, wenn die Rente als Reallast begründet werden soll. Hierdurch wurde aber nicht etwas ganz Neues eingeführt, sondern die bisherige Praxis blos bestätigt, oder gegen Widerspruch gesichert.

Wenn nun gleich durch simpeln Vertrag eine Reallast nicht errichtet werden kann, so ist doch ein solcher Vertrag nicht ganz wirkungslos, vielmehr werden beide Theile dadurch verbunden, denselben zur gerichtlichen Confirmation zu bringen. Das Legat eines Zinses verpflichtet den Erben, die gerichtliche Confirmation zu bewirken. Ganz übereinstimmend nehmen auch diejenigen Juristen, welche eine bloße quasi-traditio zur Begründung der Reallast verlangen, an, daß aus dem simpeln Vertrage eine Klage auf Vornahme derselben hervorgehe [61]).

Es ist allerdings nicht zu läugnen, daß seit dem 18ten Jahrhundert ein nicht sehr häufiger Gebrauch von dem Rentenkaufe gemacht worden ist, was sich dadurch erklären läßt, daß man sich der eigenthümlichen, schon öfters erwähnten Sicherheit des Rentengläubigers, dem hypothekarischen Gläubiger gegenüber, nicht mehr klar bewußt war. Allein der Umstand, daß von einem Rechtsinstitute längere Zeit kein Gebrauch gemacht worden, hat auf dessen Fortbestehen durchaus keinen Einfluß. Daher kann auch der Richter der belegenen Sache, welchem eine Rentenkaufs-Verbriefung zur Confirmation vorgelegt wird, sich derselben durch den Einwand nicht entziehen, daß seit 30, 40 und längern Jahren bei diesem Gerichte keine Rentenkäufe mehr abgeschlossen seien.

---

60) Württemb. Landrecht Thl. 2. Tit. 13. §. 1. Vergl. mit 2, 9. §. 10., die neue Gothaische Proceß-Ordnung Thl. 1. Cap. 37. Art. 4., erläuterte Sächsische Proceß-Ordnung Tit. 42. §. 8., Altenburg. Proceß-Ordnung Thl. 1. Cap. 37. §. 13. (Aus Trützschler, s. folg. Seite.)

61) Vergl. die §. 2 angeführten Dissertationen von Hellwer, Fischer und Schirmer a. a. O.

Uebrigens ist nun aber auch der Rentenkauf keineswegs so sehr aus der Uebung gekommen, als man in der Regel annimmt. Der anonyme Verfasser (Trützschler) des Versuchs einer genauen Bestimmung des Rechts wiederkäuflicher und unablöslicher Zinsen bei entstandenen Concursen (1777) sagt in dieser Hinsicht §. 6. Note 3:

„In vielen deutschen Provinzien, wo Gülten bei Concursen in die erste Classe gesetzt werden, sind die Rechnungsbeamten, Kirchenvorsteher und andere Administratoren milder Stiftungen angewiesen, nicht anders als gegen Wiederkäufe Capitalien auszuthun, wie z. B. im Sachsen-Altenburgischen."

Gehört aber außer der Confirmation des Richters der belegenen Sache auch noch die Eintragung in die Gerichtsbücher zur Form des Vertrages? Es ist dieses mehr eine That- als Rechtsfrage. Ursprünglich war mit der gerichtlichen Auflassung die Eintragung des Geschäfts in gewisse Bücher nicht verbunden. Später wurden aber, zuerst (§. 5) in den Stadt- dann auch in den Land-Gerichten, Bücher angelegt, in welche man die verhandelten Geschäfte eintrug; allein diese Eintragung erstreckte sich nicht auf Geschäfte aller Art, sondern regelmäßig nur auf gewisse Gattungen: auf die Uebertragung von Grundeigenthum und die Errichtung von Hypotheken daran. Dagegen wurden Rentenkäufe, und die Bestellung anderer Reallasten, so wie der Servituten nicht gleichmäßig eingeschrieben. Sehr viele Gerichte haben sich von jeher mit der bloßen richterlichen Confirmation begnügt; es kommt daher, meiner Ansicht nach, in jedem einzelnen Falle auf die Praxis des Gerichts an, bei welchem der Vertrag zur Confirmation vorgelegt wird, und hiernach kann die Eintragung in die Gerichtsbücher bald zur Form des Geschäfts gehören, bald nicht.

§. 16. Ueber den Umfang, in welchem eine Reallast durch Vertrag neu errichtet werden kann.

Mehrere Juristen, namentlich Maurenbrecher [62]) und Phillips [63]) halten nicht blos den einfachen Vertrag zur Begründung neuer Reallasten für hinreichend, sie nehmen außerdem, wie sie sich ausdrücken, „ein vollständig freies Princip der Radicirung"

62) Deutsch. Priv.-R. §. 323. Ausg. 2.

63) Deutsch. Priv.-R. §. 119. Ausg. 3.

an; hiernach „kann jede denkbare Leistung durch Vertrag auf ein Grundstück radicirt, d. h. in eine Reallast verwandelt werden."

Albrecht [64]) hat sich bereits gegen diese verkehrte Ansicht, die weder in dem ältern noch in dem neuern Rechte einen Anhaltspunkt findet, erklärt. Der Hauptfall der Errichtung einer Reallast war von jeher der, daß eine Frucht- oder Geldrente, auch wohl landwirthschaftliche Dienste auf ein Grundstück radicirt wurden; und dabei ist man immer stehen geblieben. Uebrigens dürfen wir auch dem gesunden Verstande der Praktiker zutrauen, daß sie einen Satz nicht anerkannt haben würden, welcher den Werth des Grundeigenthums in die Laune des Eigenthümers stellt, welcher durch die seltsamsten darauf übernommenen Lasten dasselbe völlig entwerthen kann. Auch finden wir in der Wirklichkeit nur solche Grundlasten, wie sie von jeher üblich gewesen sind.

Als Resultat des ersten Capitels (§. 11 ff.) ergibt sich demnach folgende Regel:

> Es können Reallasten durch einen vom Richter der belegenen Sache zu confirmirenden Vertrag auch jetzt noch in demselben Umfange neu errichtet werden, in welchem sie bisher constituirt worden sind.

Anhang.

Viele Partikularrechte haben neuerdings die Ablösung gewisser Reallasten gestattet, mit der regelmäßig damit verbundenen Bestimmung, daß diejenigen Lasten, welche das Gesetz für ablösbar erklärt, von Neuem nicht wieder sollen errichtet werden können, wie z. B. das kurhessische Ablösungs-Gesetz von 1832. Mit diesem Falle ist der andere nicht zu verwechseln, wo die Reallast ohne Zuthun der Interessenten dadurch entstehet, daß die Voraussetzungen existent werden, welche das Aufleben der Last bedingen. Ich will dieses durch ein praktisches Beispiel erläutern.

Ein altes, in beweisender Form ausgestelltes Saalbuch der Universität Marburg enthält die Bestimmung, daß von allen Häusern in gewissen Dörfern jährlich an die Universität ein Rauchhuhn ent-

---

64) Krit. Jahrb. a. a. O. S. 323.

richtet werden muß; daran schließt sich ein Verzeichniß der damals bewohnten Häuser. Ein Einwohner, welcher sich nach Erlassung des Ablösungs-Gesetzes neu angesiedelt hatte, verweigerte das Rauchhuhn, weil dasselbe ablösbar sei, weßhalb diese Reallast nicht neu entstehen könnte. Das höchste Gericht verurtheilte jedoch mit Recht den Neubauer. In einem Falle der vorliegenden Art liegt die Reallast als vollständig begründet auf der ganzen Gemarkung, allein sie schläft (ein Ausdruck, den man ja auch in andern ähnlichen Verhältnissen gebraucht); sie wird erweckt und tritt alsbald in Wirksamkeit, wenn ein Haus erbaut wird, aus welchem Rauch aufsteigt. Einen ganz analogen Fall bietet uns das Zehntrecht; denn wenn der zehntpflichtige District wüstes Land ist rc., so schläft jenes gleichfalls, tritt aber alsbald in Ausübung, sobald die Wüstenei zur Cultur gebracht wird und Früchte erzeugt werden.

Zweites Capitel.

Census reservativus.

§. 17. I. Begründung desselben nach den Grundsätzen des ältern deutschen Rechts.

Aus allen Gegenden Deutschlands bieten uns die Urkunden-Sammlungen bis in das 16te Jahrhundert sehr viele Beispiele eines Rechtsgeschäfts, wodurch der Eigenthümer bei Uebertragung des vollen Eigenthums eines Grundstücks sich einen davon zu zahlenden jährlichen Grundzins vorbehält. Dieser vorbehaltene Zins, sowie der constituirte kommen im Allgemeinen darin überein, daß der Zinsreicher in beiden Fällen der volle Eigenthümer des belasteten Grundstücks ist.

1) Diesen Ursprung hat der so oft vorkommende census arearum, welchen sich der frühere Herr des Grundes und Bodens bei der Vertheilung zur Gründung einer Stadt von den einzelnen Feuerstellen vorbehielt [65]).

2) Viel früher findet sich aber dieser vorbehaltene Zins auf dem Gebiete des Privatrechts.

Hontheim, hist. Trev. I. N. 165. p. 285. vom Jahr 952:

---

65) Meine Reall. §. 18.

Es wird hier erzählt, daß der Erzbischof N. von Trier einem gewissen Wydo und seinen Genossen genau bezeichnete Grundstücke zur Anlegung von Weinbergen übertragen habe. Dann heißt es weiter: Postquam autem constructe erant, antedictus Wydo cum suis sodalibus nobis et successoribus nostris omni anno — ex eisdem vineis quatuor siculas vini persolvent; sub ea nimirum ratione ut ab hac die ipsi et posteri more hereditario habeant potestatem deinceps tenendi, donandi, commutandi, vendendi et quidquid voluerint faciendi.

Aus der Schlußformel ergibt sich, daß auf den Wydo und seine Genossen das volle Eigenthum, und nicht etwa ein bloßes Nutzungsrecht übertragen worden war. Das Rechtsgeschäft ist abgeschlossen publice in domo S. Petri und die Urkunde von dem erzbischöflichen Canzler aufgesetzt. Ein anderes Beispiel aus dem 11ten Jahrhundert bietet gleichfalls

Hontheim, l. c. N. 233. p. 371. vom Jahr 1037:

— — villas allodii nostri N. F. — monasterio S. Mathiae — donamus — volentes — ut abbas — in villis jam dictis eo jure quo nos gaudebamus — perpetuo valeat gaudere, hoc duntaxat excepto, ut quaelibet domus dictarum villarum uno die singulis annis unius viri labore pro castro nostro S. laborare tenebitur et tenetur ad edictum illius qui ipsum castrum tunc temporis, pro tempore, titulo possederit justo. — Amplius — villas nostras H. L. — donamus — confirmantes ut nullus heredum seu successorum nostrorum in villis praedictis — aliquid juris — sibi valeat usurpare — hoc solum excepto, quod quaelibet domus villarum praedictarum — dimidium maldrum avenae ad castrum nostrum S. singulis annis dare tenetur. — Facta est autem haec donatio solenniter presente venerabili patre et domno P. archiepiscopo Trevirorum in majori ecclesia et Bertulpho abbate praedicti, monasterii et multis aliis praelatis, clericis et laicis.

Grupen, orig. et antiq. Hanov. p. 48. Urk. vom Jahr 1238:

— domum quendam — contuli ecclesiae beatae virginis —

verumptamen in eadem domo retinui mihi meisque successoribus unum solidum annuatim [66]).

Am häufigsten wird das Geschäft in Form des Kaufes abgeschlossen worden sein, und zwar entweder so, daß neben dem baar bezahlten Kaufpreise noch eine kleine Rente aus dem Gute vorbehalten, oder so, daß der ganze Kaufpreis in einen auf das Gut zu legenden Zins verwandelt wurde [67]). Aber auch andere Geschäfte waren nicht ungewöhnlich, namentlich die Schenkung, wie die mitgetheilten Urkunden darthun, und der Leibgedings-Vertrag. Ueber einen solchen Vertrag will ich folgende Urkunde mittheilen:

de Gudenus, cod. dipl. II. p. 195. vom Jahr 1275:
— contuli ac resignavi Conventui ac monasterio in A — omnia bona mea, tam in vineis quam in agris — Interposita conditione tali, quod de prodictis bonis meis, que dicto Monasterio tradidi jure perpetuo possidenda, mihi quam diu vixero, quinque maldra siligenis, dimidiam carratam vini, Marcam Colon. denar., porcum valentem fertonem, septem ulnas linei panni ac quatuor calcios singulis annis dictum monasterium assignabit [68]).

Daß der bei der gerichtlichen Verlassung eines Grundstücks vorbehaltene Zins als Reallast auf demselben haftete, ist keinem Zweifel unterworfen; denn wäre dieses nicht der Fall gewesen, und hätte nur eine persönliche Verbindlichkeit des Erwerbers und seiner Erben bestanden, so würde man ein solches illusorisches Geschäft nicht abgeschlossen haben.

Die Bedenken, welche von dem Standpunkte des römischen Rechtes aus gegen die Entstehung des reservirten Zinses erhoben werden können, sind den ältern Juristen völlig fremd geblieben. Selbst Grusemann [69]) weiß darüber nichts weiter zu sagen, als:

---

66) Andere Beispiele bei Wenck, hess. Land.-Ges. Thl. 3. Urk. Nr. 170. a. 1280. Günther, cod. R. Mos. t. 2. p. 449. a. 1282. Schoettgen et Kreysig, diplom. t. 3. p. 674. N. 91 u. 92. a. 1305. Monum. B. t. 26. p. 405. a. 1437.

67) v. Wächter, Württ. Priv.-R. Thl. I. S. 166.

68) Vergl. auch Gudenus II. p. 58. eine Urk. v. J. 1229.

69) Grusemannus (praes. Zollio), Disp. de censu reservativo. Rint. 1705. §. 13.

Omnibus in causis, quibus rerum transferuntur dominia, per pacta in continenti adjecta census reservari potest, et tunc negotium censuale habetur pro appendice quadam aliorum contractuum — wodurch offenbar nichts erklärt wird. Die ältere Praxis scheint sich ganz einfach an folgenden Satz gehalten zu haben:

Lübisches Recht von 1240. Art. 9. (de Westphalen, monum. ined. t. 3. p. 640):

Dat sie witlic, so welic man sin gewunnen gut vor Ratmannen gifft, — mit welekeme unterschede he dat gifft, dat schal immer stede bliven.

Da der Eigenthümer sich seines Rechtes ganz und gar begeben kann, so lag nichts näher als die Annahme, daß es ihm auch gestattet sein müsse, bei der Auflassung sich gewisse Rechte vorzubehalten. Wie unendlich oft bei Traditionen an milde Stiftungen ein lebenslänglicher oder auch auf die Kinder übergehender Nießbruch vorbehalten wurde, ist bekannt genug; und ganz auf gleiche Weise machte man es mit dem Vorbehalte einer Rente; denn „mit welehem unterschede" der Eigenthümer sein Grundstück aufläßet, das soll fest bleiben.

§. 18. II. Einfluß des römischen Rechts.

Die Reception des römischen Rechts hatte auf den vorbehaltenen Zins zunächst keinen Einfluß; denn das ganze 16te Jahrhundert hindurch, wahrscheinlich auch noch später, worüber mir aber die Belege fehlen, kommt der Vorbehalt eines Zinses bei Uebertragung des Eigenthums vor. Ich will eine Urkunde vom J. 1337 hersetzen.

Lennep, Leyhe zu Landſ.R. Cod. prob. N. 269:

Wir Burgermeister vnnd Rath zu Cassel Bekennen — das vor vnns kommen sein B. v. F. — (und) sein eheliche Hawsfraw vnnd han bekant fur sich vnnd Ihre erben, das sie dem Closter zum A. Jerlich zehen schilling — bestendiger vnnd ewiger gruntzinse schuldig sein Aus Irem hawse grunt vnnd hofestat — — die sie Im kawffe desselben hawses vf sich genommen haben.

Eben so kauft Jemand einen Acker um 105 fl. daneben soll er aber, seine Erben und künftigen Inhaber des Ackers verbunden sein, jährlich zu zahlen einen ewigen unablöslichen Zins von sechs Hellern [70]).

Im Laufe des 17ten Jahrhunderts scheint der Vorbehalt eines Zinses bei Uebertragung des vollen Eigenthums nach und nach außer Gebrauch gekommen zu sein. Die Veranlassung hierzu ist jedoch nicht sowohl in der Reception des römischen Rechtes zu suchen, denn diese hat das obige Rechtsgeschäft über ein Jahrhundert überlebt, als vielmehr in der eigenthümlichen, ich möchte sagen, unbequemen Natur des Geschäfts, indem ein Theil des Kaufpreises baar bezahlt, der andere in eine ewige Rente verwandelt wurde.

Dieses ist nun auch der Grund, weßhalb die Juristen des 18ten Jahrhunderts — mit Ausnahme von Grusemann, der von dem Vorbehalte des Zinses wie von einem täglich vorkommenden Geschäfte redet, — den census reservativus entweder ganz mit Stillschweigen übergehen, oder nur ganz beiläufig als bloßen Gegensatz des constitutivus erwähnen; wie z. B. Beyer [71]), Schmidt [72]), Eisenhardt [73]) und Krüll [74]).

Wenn nun gleich, wie oben (§. 2.) bemerkt ist, nach der gemeinen Ansicht der ältern Juristen zum Begriffe des reservirten Zinses gehörte, daß das volle Eigenthum auf den Zinsmann übertragen worden war, so finden sich doch auch einzelne ältere Schriftsteller, welche auch bei der Uebertragung des dominium utile gleichmäßig von einem census reservativus reden [75]). Mittermaier [76]) begreift gleichfalls beide Fälle unter dem reservirten Zinse, während Eichhorn [77]) nur denjenigen darunter verstehet, welcher bei Uebertragung der unvollkommenen Gewere an unbe-

---

70) Moser, die bäuerl. Lasten der Würt. S. 230. v. Wächter, Württemb. P.R. Th. 1. S. 166. N. 32.

71) Delin. jur. Germ. (1718) lib. 3 c. 23.

72) Princ. juris Germ. (1756) p. 509.

73) Instit. jur. Germ. (1775) p. 258.

74) Deut. Priv.R. (1805) §. 159.

75) Schirmer, l. c. §. 3. Grusemann, l. c. §. 16.

76) Deut. Priv.R. §. 176.

77) Deut. Priv.R. §. 164 und 252.

weglichen Sachen vorbehalten wird. Faßt man aber jene beiden Fälle unter dem Begriffe des census reservativus zusammen, so darf man dabei nicht vergessen, daß der bei Uebertragung des dominium utile vorbehaltene Zins eine ganz andere Natur hat, als der bei Uebertragung des vollen Eigenthums reservirte. (§. 6. a. E.)

Wenn nun aber auch als Regel anzunehmen ist, daß der Vorbehalt eines Zinses bei Veräußerung des vollen Eigenthums außer Gebrauch gekommen ist, so ist er dennoch nicht spurlos verschwunden, sondern hat sich in einem täglich vorkommenden Geschäfte, dessen genauer Zusammenhang mit dem ältern Recht keinem Zweifel unterliegt, erhalten: ich meine die Leibzucht, reservatum rusticum, so weit sie in radicirten Leistungen bestehet. Vielleicht bietet sich ein andermal zu einer weitern Ausführung Veranlassung dar.

Nachwort der Redaction.

Wir erfüllen eine schmerzliche Pflicht, indem wir vorstehendem Aufsatze die Nachricht beifügen, daß der Verfasser, ein treuer und achtungswerther Mitarbeiter dieser Zeitschrift, nicht mehr unter den Lebenden ist. Wie uns jetzt aus Göttingen geschrieben wird, ließ sich dieser traurige Ausgang seit geraumer Zeit vorhersehen. Aber uns war derselbe in hohem Grade überraschend. Duncker schickte uns seinen Aufsatz mit einem kurzen, von ihm nur unterzeichneten Begleitschreiben auf dem Buchhändler-Wege, und gleichzeitig damit kam auch die Nachricht von seinem Tode auf dem rascheren Zeitungsfluge hier an. Es ist also wohl die letzte Arbeit seines Lebens, die vor uns liegt, und zwar über denselben Gegenstand, welchen er vor zehn Jahren, als damaliger Syndikus und Sekretär der Universität Marburg, in einer Monographie (Lehre von den Reallasten, Marburg 1837) glücklich behandelte. Als gewissenhafter Schriftsteller und emsiger Forscher, namentlich in dem reichen Urkundenstoffe des Mittelalters, verbesserte er noch selbst einen Irrthum dieser Erstlingsschrift mit derselben Uebersichtlichkeit und Klarheit, welche auch das Verdienst seiner Arbeit über Gesamteigenthum (Marburg 1843) und der beiden Abhandlungen über dominium utile und über Quasibesitz in dieser Zeitschrift (Bd. II. Heft 1 u. 2) bilden.

Mit dem Ergebniß der neuen Untersuchung: daß die Reallast

durch Vertrag unter hinzukommender gerichtlicher Bestättigung entstehen könne, stimmen auch die Nachforschungen des Unterzeichneten im Gebiete des württembergischen Rechts überein (Privatrecht §. 256. 440); nur erlaubt er sich auf Zweierlei aufmerksam zu machen: 1) daß der Giltkauf (Rentenkauf) noch im 17. Jahrhundert auch in Württemberg üblich war, daß aber derselbe wie anderwärts allmälig verschwand, nachdem die heutige Form des zinsbaren Darlehens, d. h. das Versprechen persönlicher Zinse, von den Gesetzen anerkannt war, und wenn gleichwohl noch das ganze 18. Jahrhundert hindurch unter dem Namen „Giltkauf" ein Geschäft vorkam, darunter nichts anderes als ein verzinsliches Darlehen mit gerichtlicher Hypothek zu verstehen ist, in welches der eigentliche Giltkauf übergegangen war. 2) Daß die Errichtung von Grundlasten durch die neueren Gesetze häufig untersagt worden; was aber im Zweifel nur auf die s. g. Feudallasten, nicht auch auf die noch jetzt üblichen Formen: Leibgedinge, Wittum, Appanagen u. s. w. zu beziehen ist.

So ist namentlich das württembergische „Verbot der Auflegung neuer Grundabgaben" in der Praxis gedeutet worden. Der Vorbehalt von Zinsen und anderen Leistungen wurde zwar noch im Jahr 1809 den größeren Gutsbesitzern gestattet; aber nur unter der Voraussetzung, daß die Abgabe nicht in Handlohn oder Frohndiensten bestehe, mit dem Ertrage des Gutes im Verhältnisse stehe, daß ferner der neue Besitzer in der Verfügung über die Sache nicht beschränkt werde und das Rechtsgeschäft die königliche Einwilligung erhalte. Also gerade der Vorbehalt selbständiger Reallasten war damals ausnahmsweise offen gelassen worden, nicht auch die Eingehung eines neuen Lehenverhältnisses. Doch wird bei heimfallenden Lehen, selbst in der härtesten Form der s. g. Falllehen, die Wiederverleihung noch jetzt nicht beanstandet, und es wäre ein Unglück für manche Gegenden, wenn diese unterbliebe: denn an die Stelle des festeren Lehenverbandes träte das lockere Pachtverhältniß.

Reyscher.

XII.

Ueber Legaldefinitionen.

Vom

Geheimen-Justizrath von Planitz
in Altenburg.

Bei der letzten ordentlichen Ständeversammlung im Königreich Sachsen ist die Frage mehrmals aufgetaucht, ob es wohlgethan sei, in einem Gesetze Definitionen (Legaldefinitionen) zu geben. — Gewichtige Stimmen haben diese Frage verneint. Sie haben hierbei hauptsächlich geltend gemacht, daß Definitionen als Sätze der Wissenschaft in ein Lehrbuch, nicht aber in ein Gesetz gehören. Andere haben die Meinung vertheidiget, Legaldefinitionen, insoweit sie überhaupt nothwendig seien, gehören nicht in den Kreis landständischer Debatten, sondern seien Sache der Redaktion.

Die Frage über die Nothwendigkeit oder den Nutzen von Legaldefinitionen ist keine unwichtige Frage für die Gesetzgebungspolitik überhaupt. — Die Frage: sind Legaldefinitionen an die Redaktion zu verweisen, oder bilden sie einen Gegenstand der Beschlußfassung für die Gesammtheit der verfassungsmäßigen Gesetzgebungs-Faktoren, ist von Bedeutung und Wichtigkeit, da wo die Theilung der gesetzgebenden Gewalt zwischen der Staatsregierung und den Volksvertretern in derjenigen Weise besteht, wie sie die modernen konstitutionellen Verfassungen mit sich gebracht haben. — In einer Zeit des Strebens nach umfassenden nationalen Gesetzgebungswerken erscheint es als Zeitbedürfniß, daß man über solche Fragen zu einer festen Ansicht gelange, und jeder Versuch, hierzu etwas beizutragen, darf um des Zweckes willen als gerechtfertigt betrachtet werden.

Es leuchtet ein, daß man sich hierbei vorerst klar werden muß über die Bedeutung und den Werth gesetzlicher Definitionen über-

haupt. Durch jede Definition wird der Begriff irgend eines Wortes bestimmt, d. h. es werden diejenigen Merkmale bezeichnet, deren Zusammentreffen der Leser oder Hörer als identisch mit der Bedeutung dieses Wortes betrachten soll.

Jede Definition ist also allerdings ein Satz der Wissenschaft; sie berührt einen Gegenstand allgemeiner oder besonderer wissenschaftlicher Erkenntniß. Dieß gilt auch von jeder gesetzlichen Definition. — Jede gesetzliche Definition aber ist zwar als Definition Sache der Wissenschaft, vermöge ihres Beiwortes „gesetzliche" (Definition), aber Sache der Wissenschaft und des positiven Rechtes zugleich.

Dieser Satz bedarf einer näheren Betrachtung.

Das Positivrechtliche der gesetzlichen Definition kann sich begreiflich nicht darin äußern, daß der Gesetzgeber die innere Natur der Dinge, über welche er Gesetze gibt, nach Willkühr bestimme. Wohl aber kann der Gesetzgeber durch eine Begriffsbestimmung aussprechen, was unter diesem oder jenem Worte im gesetzlichen Sinne zu verstehen sei, d. h. welche faktischen Prämissen vorhanden sein müssen, wenn die Bestimmungen Platz greifen sollen, deren Gegenstand durch jenes Wort im Gesetze bezeichnet ist; und eine solche Begriffsbestimmung, sei es nun, daß dieselbe identisch ist mit der des allgemeinen oder technischen Sprachgebrauchs, oder daß sie hiervon abweicht, ist eben als gesetzliche Bestimmung gleich andern gesetzlichen Bestimmungen ein Satz des positiven Rechts, oder richtiger gesagt, sie bildet einen Inbegriff mehrerer positiven Rechtssätze.

Wenn ein Gesetzgeber z. E. vom Diebstahle sagt:

„der Diebstahl ist die Handlung, wodurch Jemand eine fremde bewegliche Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers oder Inhabers aus dessen Besitz, jedoch ohne Gewalt an einer Person, mit der Absicht an sich nimmt, sich dieselbe zuzueignen und dadurch sich oder einem Andern einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen,"

so enthält diese Definition die Rechtsbestimmung, daß die für den Diebstahl gesetzlich gedroheten Strafen Platz greifen, wo alle diese einzelnen Prämissen cumulativ resp. alternativ (Eigenthümers oder Inhabers) eintreten, sie enthält aber weiter auch die Rechtsbestimmungen, daß diese Strafen nicht Platz greifen,

wenn die hinweggenommene Sache keine fremde Sache war, oder wenn die Hinwegnahme mit Einwilligung des Eigenthümers

oder Inhabers erfolgte, oder wenn die Hinwegnahme mit Gewalt an einer Person erfolgte, oder wenn sie unabsichtlich geschah u. s. w.

Der Umstand, daß solche Sätze zumeist eine negative Form haben, hebt ihre Eigenschaft und Bedeutung als Bestimmungen des positiven Rechtes nicht auf. Sie entscheiden, sei es in bejahender oder verneinender Form, Fragen, über welche im Rechtsgebiete Gewißheit vorhanden sein muß, Fragen nämlich über die Subsumtion vorkommender Fälle unter gegebene Rechtsbestimmungen. — Das Motiv einer gesetzlichen Begriffsbestimmung wird zumeist darin liegen, daß der Gesetzgeber die Nothwendigkeit erkennt, einen schwankenden Sprachgebrauch zu befestigen. Wo der Sprachgebrauch fest ist, liegt diese Nothwendigkeit nicht vor, aber in der Macht der Gesetzgebung liegt es auch, einen festen Sprachgebrauch zu ändern. Und so oft der Gesetzgeber eine Begriffsbestimmung giebt, mag diese im Verhältniß zu dem allgemeinen Sprachgebrauch bestätigend oder correctorisch sein, so spricht er nicht blos einen doctrinären Satz aus, sondern er spricht zugleich Sätze aus, welche positiv gebietender oder verbietender Natur sind.

Es ist natürlich in Betreff der Bedeutung und der Wirksamkeit der gesetzlichen Begriffsbestimmungen völlig gleichgültig, ob eine solche in der gewöhnlichen doctrinären Definitionsform gegeben wird oder nicht. Es leuchtet ein, daß in doctrinärem Werth wie in positiv gesetzlicher Wirkung die Sätze völlig gleichbedeutend sind, wenn der Gesetzgeber sagt: der Diebstahl ist die Handlung, wodurch jemand u. s. w., und wer einen Diebstahl begehet, ist je nach dem Betrage desselben so und so zu bestrafen, oder wenn er sagt: wer eine fremde bewegliche Sache u. s. w. ist, je nachdem der Diebstahl so und so viel beträgt, so und so zu bestrafen. Denn in beiderlei Fassung kann der Richter, der das Gesetz anzuwenden hat, eine Erkenntnißquelle für den Begriff und eine Norm für die Bestrafung des Diebstahls finden. —

Ist diese Ansicht über die Bedeutung und Wirksamkeit von Legaldefinitionen richtig, so folgt daraus zunächst soviel, daß denen nicht beigepflichtet werden kann, welche Definitionen um deßwillen aus einem Gesetze ausgeschieden wissen wollen, weil dieselben Sätze der Wissenschaft seien. Dieser Grund erscheint nicht als befriedi-

gend, denn um es zu wiederholen, wenn es auch wahr ist, daß Definitionen Sätze der Wissenschaft sind, so sind doch Legaldefinitionen nicht bloße Sätze der Wissenschaft, sondern zugleich Sätze von wichtiger und folgenreicher positiver Geltung. Das Wissenschaftliche und das gesetzlich Positive sind keineswegs Begriffe, die sich gegenseitig ausschließen. — Damit soll nun, um auf die legislativ-politische Seite der Sache überzugehen, nicht gesagt seyn, daß Legaldefinitionen unbedingt in allen Gesetzen nöthig seyen. Begriffe, deren Umfang der allgemeine Sprachgebrauch oder die Wissenschaft festgestellt hat, dergestalt, daß der allgemeine Verstand oder die wissenschaftliche Erkenntniß sie mit Sicherheit erfaßt hat, braucht der Gesetzgeber nicht noch einmal zu definiren. Er kann sie stillschweigend annehmen, ja er würde nicht wohl daran thun, sie zu ändern. Aber wo bei Gegenständen der Gesetzgebung diese Sicherheit nicht bereits vorliegt, kann man nicht umhin, an die Gesetzgebung die Anforderung zu stellen, daß sie diese Sicherheit schaffe. Eine Gesetzgebung, welche diese Anforderung unerfüllt läßt, und indem sie über irgend einen Gegenstand positive Bestimmungen giebt, den Staatsunterthanen, die nach diesen Bestimmungen gerichtet werden, und den Behörden, die darnach richten sollen, es überläßt, aus den Schwankungen des Sprachgebrauches und den controversen Sätzen der Rechtsdoctrin den Begriff jenes Gegenstandes sich selbst zu construiren, giebt das nicht, was sie geben soll, vollständige Rechtsgewißheit, denn sie giebt nach dem, was wir oben sahen, eine Mehrzahl von Subsumtionsfragen Zweifeln preis. — Diese Zweifel werden mehr oder weniger fühlbar seyn, je nachdem der im Ungewissen gelassene Begriff in höherem oder geringerem Grade der Gegenstand vieler und wichtiger Rechtsbestimmungen ist. Allemal aber wird eine Gesetzgebung, die eine solche Ungewißheit durch feste Begriffsbestimmungen nicht aufhebt, von dem Vorwurfe der Halbheit getroffen werden. Und diese Halbheit wird sich nicht nur in intellectueller Hinsicht fühlbar machen. Sie wird einen Theil der Schuld tragen an den Uebelständen, die sich auch im Gebiete der praktischen Rechtspflege, aus den Schwankungen der Urtheilssprüche erzeugen und die, wie es nicht fehlen kann, dem Werth und dem Ansehen des Rechtszustandes Eintrag thun. —

Es ward oben gesagt, daß eine Legaldefinition eine Mehrzahl gesetzlich positiver Sätze in sich enthalte. Man kann aber hinzufü-

gen, daß sie auch das bestimmende Motiv enthält für andere positive Sätze, die außerhalb ihrer selbst liegen. Ja es leuchtet ein, daß für alle positive Sätze irgend eines Gesetzes dasjenige maaßgebend ist, was sich der Gesetzgeber als die Gegenstände dieser Sätze dachte, und was Alle, für welche das Gesetz gegeben ist, sich als solche denken sollen. Dieß liegt in der natürlichen Logik begründet, welche dem Gesetzgeber gebietet, ehe er daran geht zu erwägen: was soll über a gesetzlich bestimmt werden? vor Allem darüber klar zu werden: was ist a? Ist der Gesetzgeber über die Begriffe der Gegenstände seiner Gesetzgebung mit sich selbst nicht völlig im Klaren, so kann es nicht fehlen, daß das Gesetzeswerk und zwar in desto höherem Grade, je umfassender es ist, zu einem Conglomerat positiver Sätze werde, denen die innere Einheit und Consequenz abgeht. Ist aber der Gesetzgeber zum klaren Bewußtsein der Begriffe gelangt, so wird die Sprache ihm auch die Worte darbieten, durch welche er dieses sein Bewußtseyn aussprechen und für andere mit Sicherheit erkennbar machen kann. Hierdurch wird der Gesetzgeber zugleich zum Lehrer des Volks. Dieß ist aber an sich betrachtet nichts weniger als eine tadelnswerthe Ueberschreitung seines Berufes. Die positive Gesetzgebung kann zugleich eine Doktrin geben, ja die Gesetzgebung muß innerhalb gewisser Grenzen zugleich eine solche geben. „Innerhalb gewisser Grenzen," diese Worte haben allerdings einen Accent; denn freilich doctrinäre Sätze, die nicht zugleich eine positiv praktische Bedeutung haben, gehören nicht in ein Gesetzbuch, sondern in ein Lehrbuch. Aber für das Verständniß des gesetzgeberischen Willens in allen seinen Richtungen und in seinen wesentlichsten Beweggründen muß der Gesetzgeber selbst es sich zur Aufgabe stellen, befriedigenden Aufschluß zu gewähren, damit derjenige, der über diese für das Rechtsleben bedeutungsvollen Fragen sich belehren will, in dem Gesetze selber eine zureichende und lautere Erkenntnißquelle finde, und nicht an Quellen gewiesen werde, die außerhalb des Gesetzes liegen. Mit andern Worten, der Gesetzgeber muß darnach streben, sein eigener Commentator zu seyn. Das, was ein anderer Commentator als der Gesetzgeber selbst über das Gesetz sagt, verhält sich in seiner Zuverläßigkeit, mithin in seinem Werthe zu dem Ausspruche des Gesetzgebers selbst, so wie sich die Meinung verhält zur Gewißheit. — Betrachtet man den Beruf und die Aufgabe der Gesetzgebung auch von diesem Gesichtspunkte

aus, so kommt man unabweislich zu der Ueberzeugung, daß, wo die Gegenstände der Gesetzgebung ihren Begriffen nach nicht bereits völlig feststehen, der Gesetzgeber sie festzustellen, also Legaldefinitionen zu geben hat.

Die legislatorische Weisheit, älterer wie neuerer Zeit, hat diese Nothwendigkeit erkannt. Wenn man auch von den Definitionen im römischen Rechte, namentlich in den Pandekten und Institutionen, insofern absehen wollte, als die Verfasser dieser Definitionen, da sie dieselben niederschrieben, zunächst nur einen rein wissenschaftlichen Zweck vor Augen hatten und muthmaßlich nicht daran dachten, daß ihre responsa einst durch ein kaiserliches Machtwort zu positiven Gesetzen werden würden, so liegt doch eben darin, daß Justinian Sätze von ursprünglich nur doctrinärer Richtung und Bedeutung zu positiven Satzungen erhob, eine Autorität für die oben angenommene Vereinbarkeit des Doctrinären und des Gesetzlichpositiven, ohne daß hiermit gesagt seyn soll, wie dieses Problem im römischen Rechte gelöst worden sei. — Belege aus der neuern Zeit für das oben Gesagte geben z. E. die preußischen und östreichischen Gesetzgeber. Nicht leicht wird man in diesen Gesetzbüchern einen Abschnitt durchlesen, ohne auf eine Legaldefinition zu stoßen. Und gerade ist, soviel namentlich das preußische Landrecht anlangt, eine allzu doctrinäre Haltung dieses Gesetzgebungswerkes demselben weniger als das Gegentheil zum Vorwurf gemacht worden. —

Nach dem Bisherigen scheint, um zur zweiten der oben gestellten Fragen überzugehen, mit Sicherheit behauptet werden zu können, daß Legaldefinitionen überall da, wo sie nöthig sind, von der gesetzgebenden Gewalt selbst ausgehen müssen, und nicht blos Sache der Gesetzesredaktion seien. Man würde, um sich zur gegentheiligen Ansicht zu bekennen, statuiren, daß einige der positiven Rechtsbestimmungen der Gesammtheit der staatsrechtlich für die Gesetzgebung berufenen Faktoren, andere nicht minder wesentliche und mit jenen im innigen Zusammenhange stehende Bestimmungen desselben Gesetzgebungswerkes, wie dieß nach dem Obigen die Legaldefinitionen sind, der Gesetzgebungsredaktion in die Hände zu legen seien.

Dadurch würde man der Redaktionsbehörde, anstatt ihre Funktion darauf zu beschränken, daß sie die von der gesetzgebenden Gewalt beschlossenen Gesetze ihrer Promulgation vorbereite, eine selbstständig

wirksame gesetzgebende Gewalt zugestehen. Man würde so den bei der Redaktion fungirenden Organen der Staatsregierung einen Einfluß auf die Gesetzgebung faktisch einräumen, den man in seinen denkbaren Folgen mit dem constitutionellen Princip selbst für unvereinbar halten müßte. Und man würde, indem man das Ganze eines Gesetzgebungswerkes unter zwei subjektiv verschiedene Faktoren theilte, den größten Incongruitäten den Weg bahnen. Wenn A gesetzliche Bestimmungen giebt, den Gegenstand derselben durch ein Wort bezeichnet, dessen Begriff schwankend ist, und, ohne selbst den Begriff dieses Wortes zu fixiren, die genauere Begriffsbestimmung dem B überläßt, so steht es dahin, ob die Entscheidung der Subsumtionsfragen durch die Begriffsbestimmung von B auf eine Weise erfolgt, wie A sie im Sinne hatte, und wie sie sein muß, wenn die gesetzlichen Bestimmungen des A darauf passen sollen. Daß, wenn dieß nicht der Fall ist, fühlbare Unstatthaftigkeit erzeugt werden müsse, leuchtet wohl ein.

Man hat gesagt, indem man die Feststellung von Definitionen aus dem Kreise landständischer Berathungen hinwegweisen wollte: darüber könne nicht füglich in großen politischen Versammlungen debattirt werden. Ja freilich mag dieß schwer, vielleicht unmöglich sein. Aber was folgt hieraus? Soll darum, weil die das Gesetzeswerk durchdringende, seine Richtung und Grenze bestimmende Idee in den Meinungen und Bestrebungen Vieler nicht oder nicht leicht zu einer Einheit werden kann, der aus objektiven Gründen an die Gesetzgebung zu stellende Anspruch aufgegeben werden? Soll es, wenn hundert Männer z. E. über die positiven Sätze einer Wechselordnung ihre Stimmen geben, um jene Schwierigkeit zu übergehen, lieber der Ungewißheit überlassen bleiben, ob Dieser oder Jener einen andern Begriff von Wechsel dabei vor Augen hatte? Nein! Mit mehrerem Rechte läßt sich ein ganz anderes Resultat daraus entnehmen, der Satz nämlich, daß bei allen umfassenden Gesetzwerken, insonderheit bei solchen, welche complicirte privatrechtliche Verhältnisse regeln sollen, Verhältnisse, deren gründliche Erfassung und geistige Durchdringung außerhalb des Kreises allgemeiner menschlicher Bildung liegt, der Antheil der volksvertretenden Corporationen in demjenigen Umfange, den das moderne constitutionelle Princip für sie in Anspruch nimmt, für die Gesetzgebung selbst und somit für das allgemeine Interesse nicht heilsam ist.

XIII.

Ueber den

Werth der schweizerischen Rechte für die Wissenschaft des deutschen Rechts,

mit Rücksicht auf die Sammlungen derselben, insbesondere Schauberg's Zeitschr. für noch ungedruckte schweizerische Rechtsquellen.

Von

Professor **Renaud**

in Bern.

Es ist eine wohl allgemein anerkannte, wenn auch noch nicht allgemein in Anwendung gebrachte Wahrheit, daß die Bearbeitung des deutschen Rechts nur mit Benutzung der Rechtsquellen der mit den Deutschen stammverwandten Völker erfolgreich betrieben werden kann. Denn allein eine Gesammtauffassung des germanischen Rechtslebens in seiner Fortbildung vermag zu einem vollen Verständnisse der einzelnen Erscheinungen auf dem Rechtsgebiete der verschiedenen germanischen Völker zu führen; nur eine solche kann das Allgemeine und Wesentliche in der Rechtsentwicklung vom Besonderen und Zufälligen unterscheiden lassen und zu einer richtigen Erkenntniß der Natur der Sache führen, die doch den Kern des gemeinen deutschen Rechts bildet [1]. Oft lassen sich auch die Ideen, welche dem germanischen Rechte überhaupt und also auch dem deutschen zum Grunde liegen, nur in dem Rechte der einen oder der andern der germanischen Nationen mit voller Klarheit erkennen und in ihrer Fortbildung verfolgen. — Wie unzureichend sind nicht z. B. die Bestimmungen

---

1) S. Reyscher in dieser Zeitschrift Bd. I. S. 11 folg. und Bd. X. S. 153 folg.

der deutschen Quellen über den in der Rechtsparömie „der Todte erbt den Lebendigen“ enthaltenen Grundsatz? Wie viele Andeutungen, die sich daselbst finden, müßten nicht unfruchtbar bleiben, wenn nicht die Rechtsquellen anderer Völker germanischen Ursprungs, so z. B. diejenigen der Engländer und der Franzosen, ein helles Licht über dieses Princip und dessen Consequenzen verbreiteten?

Es versteht sich aber von selbst, daß der Werth der Rechtsquellen der verschiedenen stammverwandten Völker für die deutsche Rechtswissenschaft nicht der nämliche sein kann. Je näher vielmehr ein solches Volk dem deutschen der Abstammung nach steht, je ähnlicher die Schicksale beider im Laufe der Zeiten gewesen sind, — eine desto wichtigere Hülfsquelle werden die Rechte desselben für das deutsche Recht bilden. Aus diesen Prämissen dürfen wir folgern, daß keine Hülfsquellen für die Wissenschaft des deutschen Rechts eine größere Bedeutung haben möchten, als die Rechtsquellen der (deutschen) Schweiz. — Es dürfte nicht schwer fallen, dieß kurz nachzuweisen.

Die heutige Schweiz sammt den anliegenden Ländern zerfiel zur Zeit der Römer-Herrschaft in zwei Provinzen, von welchen die eine, den östlicheren Theil umfassend, von dem Volke, das sie bewohnte, über dessen Abstammung aber viel Dunkel herrscht, den Namen **Rhätien** trug[2]), die andere dagegen, die sich gegen Westen zog, nach den **Helvetern**, einer Brechung des celtischen Volksstamms, die ihre Sitze früher zwischen dem Schwarzwalde, dem Rheine und dem Main gehabt hatten [3]), genannt wurde. Im 5. Jahrhundert nahm in Folge der Völkerwanderung die römische Herrschaft hier ein Ende. Von den germanischen Volksstämmen, welche das römische Gebiet überschwemmten, ließen sich die **Alemannen** im größeren Theile von Helvetien nieder, während die **Burgundionen** den südwestlichen Theil dieser Provinz einnahmen. Rhätien dagegen wurde vorzüglich von **Ostgothen** besetzt, welche jedoch keine bleibenden Niederlassungen daselbst angelegt zu haben scheinen, wohl aber unter ihrem Könige Odoaker die bei

2) Gegen die Ansicht, daß die Rhätier Etrusker gewesen, vergl. **Burckhardt** im **Archiv für schweizerische Geschichte**, Bd. IV. S. 18 folg.

3) **Tacitus**, Germ. c. 28.

Zülpich geschlagenen Alemannen als Schutzwehr gegen die Franken in die rhätischen Alpen zogen [4]). Die Longobarden endlich besetzten den heutigen Canton Tessin, befestigten den Gotthardspaß und dehnten ihre Niederlassungen bis Ursern (im Süden des heutigen Canton Uri) aus [5]). Nicht lange nachher sollen nach dem einstimmigen Berichte der ältern Chronisten und einer bis auf die neueste Zeit ziemlich verbreitet gewesenen Ansicht die heutigen Cantone Schwyz und Uri, so wie das im Berner Oberlande gelegene Thal Haßle durch Schweden bevölkert worden sein; eine Ansicht, welche durch alte Chronisten, die ihrem Volke durch dessen Zurückführung auf gothisches Blut zu schmeicheln wähnten, verbreitet, durch den Namen von Schwyz (swites) aber und dessen Aehnlichkeit mit „Schweden" bekräftigt, so tiefe Wurzeln faßte, daß sie u. a. im J. 1531 dem nicht lange vorher zusammengetragenen Landbuche von Schwyz (fol. 58 des Mss.) in folgenden Worten einverleibt ward:

„Wie sich menniglich in unserem lande, so man mittag „lüthet, halten soll. Zu Lob u. Ehr dem allmächtigen ewigen „Gott u. unserem Erlöser zu ewigem Dank haben unsere „gemein Landlüt auf der freien Windhuob zu einer offenen „Landsgemeind für sich genommen, bedacht u. betrachtet „unser frommen Altfordern Herkommen, wie die von Schwe„den von Hungersnoth wegen mit dem Loos ussgetrieben, „u. als sie von dem Landt Schweden ausgegangen, hat man „ihnen befohlen, dass sie sich keinem irdischen Herren unter„werfen, noch eigen machen, sondern allein sich Gott, der „sie erschaffen, u. Christo Jesu ergeben, u. dem zu Ehr, „Lob u. Dank, und zu bekennen, dass der ihr Herr u. Be„halter wäre, u. dass er uns erlöst, sollten sie zu der Stund „seines Tods 5 Vater, 5 Ave Maria, 1 christlichen Glauben „beten; solches haben unsere frommen Altvordren an uns ge„bracht aus Schweden; davon sie ohn Zweifel nit wenig Glück „von Gott erlangt, solches haben gemelt unser gemein Landlüt „angesehen und solches wiederum erneuert und mit einhelligem „Mehr auf sich genommen, dass alle unser Landlüth u. wer

4) Burckhardt a. a. O. S. 49.
5) Burckhardt a. a. O. S. 55.

„bei uns wohnen will, zu der Zeit, da man Mittag lüthet, „wo einer sie, sollen aufknien u. bethen zu Jesum Christum „u. s. w. ...“

Dessenungeachtet entbehrt die Sage vom schwedischen Ursprunge der Bevölkerung der Urcantone einer jeden geschichtlichen Grundlage, so wie auch mehrere historische Thatsachen, namentlich die urkundlich sehr späte Bevölkerung dieser Länder [6]), gegen dieselbe sprechen. — Sonach waren es zwei germanische Volksstämme nur, die Alemannen und Burgunden, welche in der heutigen Schweiz ausgebreitetere Niederlassungen angelegt hatten, da von den Longobarden und Ostgothen nur kleinere Gebietstheile, und von diesen letztern auch noch zum größern Theile bloß vorübergehend, besetzt worden waren. Das germanische Element aber, welches durch diese Völkerschaften in Helvetien und Rhätien eingebracht worden war, errang allein in den von den Alemannen innegehabten Gebieten einen vollkommenen Sieg, währenddem die von den bezeichneten andern Nationen besetzten Gegenden der heutigen Schweiz, theils weil sie, mehr gegen Süden gelegen, vollständiger romanisirt wurden, theils auch in Folge der Individualität jener Stämme, einen nicht unbedeutenden Ansatz römischer Cultur behielten, der sich bis auf den heutigen Tag nicht blos in den daselbst gesprochenen Sprachen (französisch, italienisch, romanisch) [7]), sondern auch in der Rechtsgestaltung geltend gemacht hat.

Die alemannische Schweiz ist es also, die wegen der größeren Reinheit ihres Rechts von fremden Elementen, wegen der Stammes-Einheit, die zwischen ihren Bewohnern und denen eines nicht unbedeutenden Theils des heutigen Süd-Deutschlands besteht, und endlich wegen der Sprache, die ihre Bevölkerung mit der deutschen Nation zu Einem Volke verbindet, im Weitern hier vorzugsweise zu betrachten

---

6) Burckhardt a. a. O. S. 80 folg.

7) Sehr beachtenswerth ist es aber, wie die deutsche Sprache in der Schweiz allmählig ihr Gebiet, vorzüglich durch den Einfluß alemannischer Colonien, die sich mitten in den romanischen Ländern niederließen, erweiterte. So wurde z. B. in Chur die deutsche Sprache erst seit dem 15ten Jahrhundert üblich; so wurde in Leuk (Ober-Wallis), welches heutzutage ganz deutsch ist, um das Jahr 1400 noch kein Deutsch gesprochen. — Burckhardt a. a. O. S. 64 u. 101.

ist. Den größern Theil der heutigen Eidgenossenschaft umfassend, namentlich die nunmehrigen Cantone Basel, Zürich, Thurgau, St. Gallen, Appenzell, Glarus, Uri, Schwyz, Unterwalden, Zug, zum Theil auch Luzern und Bern [8]), zerfiel die alemannische Schweiz in mehrere Gaue, unter denen der später in den Thur- und in den Zürichgau gespaltene Thurgau der bedeutendste war. Seit der Auflösung der karolingischen Monarchie aber ein Theil des deutschen Reichs geworden, bot dieselbe die nämlichen Territorial-Verhältnisse wie das übrige Deutschland dar. Sie zählte mächtige Städte mit ihren Unterthanen-Ländern, viele Höfe, die kirchlichen Stiftungen oder weltlichen Herren gehörten [9]), endlich reichsunmittelbare freie Landschaften und Reichsvogteien. Um bei diesen letztern anzufangen, so war z. B. das Thal Haßle im Berner-Oberlande eine Reichsvogtei, deren Vogt zuerst in einer Urk. vom J. 1244 erwähnt wird, und welche mit einer Reichssteuer von 50 lib. belegt war, bis sie im J. 1334 an Bern überging. Ihre alte ausgezeichnetere Stellung aber bewahrten die Landleute von Haßle bis zur Revolution vom J. 1798, bis zu welcher ihr Landvogt aus ihrer Mitte gewählt werden mußte, währenddem die Vögte der übrigen bernischen Bezirke aus den Bürgern der Stadt Bern genommen wurden. — Daneben gab es auch freie reichsunmittelbare Gemeinden, wie z. B. vom Thal Uri folgende in Tschudi's Chron. I. S. 180 uns aufbewahrte Urk. vom J. 1274 beweist:

---

8) Nicht beistimmen können wir Mittermaier: über die neuesten rechtshistorischen Forschungen in Bezug auf die Schweiz (Krit. Zeitschr. für ausländ. Rechtswiss. Bd. XI. S. 81), wenn er den größern Theil des Cantons Bern zur burgundischen Schweiz zählt. — Wegen der großen Uebereinstimmung der dortigen Rechtsgestaltung mit derjenigen entschieden alemannischer Cantone halten wir vielmehr dafür, daß das bernische Gebiet auf dem rechten Aarufer alemannisch war. — Daß es aber auch auf dem linken Aarufer Gegenden gab, die von Alemannen bevölkert worden waren, beweist eine Urk. vom J. 1115, in welcher das Land an der Saane „in terra Alemannorum“ genannt wird. Burckhardt a. a. O. S. 100.

9) Ein Verzeichniß der mächtigsten unter diesen Stiftungen und Herren findet sich in J. Grimm Weisthümer I. Vorw. S. III.

„Rudolphus — rex — prudentibus viris ministro et universitati vallis Uraniae gratiam — Certos vos reddimus et „securos, quod in nullo eventu vel casu vos obligabimus ullo „modo, sed inter speciales alumnos imperii computare vos „volumus, specialibus nostris et imperii usibus et obsequiis „omni tempore reservandos.“

Auf den zahlreichen Höfen bestanden Verhältnisse, ganz ähnlich denjenigen, die sich auf den Villen des südlichen Deutschlands vorfanden, wie man sich schon durch eine oberflächliche Vergleichung der uns erhaltenen Hofrechte und Oeffnungen überzeugen kann [10]. — Unter den Städten endlich, die bald über kleinere, bald über größere Gebietstheile die Landeshoheit erworben hatten, gab es mehrere mächtige Reichsstädte, wie Bern und Zürich, währenddem andere trotz ihrer Landesherrlichkeit, wohl in Folge ihrer geringern Bedeutung, die sie zur Reichsstandschaft nicht befähigte, nie unter den Reichsstädten aufgezählt wurden. Dahin gehörte z. B. die Stadt Zug, die, wiewohl sie nach Abwerfung der österreichischen Vogtei reichsunmittelbar und Landesherrin geworden war, doch nie in der Zahl der Reichsstädte erschien. Von diesen Städten standen aber mehrere bezüglich ihrer Rechtsverfassung mit Städten des heutigen Deutschlands dadurch in einem engern Zusammenhange, daß sie das Recht dieser erhalten hatten. So waren die Zähringischen Schweizer-Städte, wie namentlich Freiburg und Bern, von ihren Gründern mit dem Stadtrechte von Freiburg i. B., welches letztere, wie bekannt, aus dem kölnischen Mutterstadtrechte geflossen war, bewidmet worden. Indem aber hiermit im Zusammenhange einzelne deutsche Städte, wie z. B. Constanz [11]) und Freiburg, Oberhöfe von schweizerischen wurden, ward auch im Fernern der Grund zu einer gleichförmigen Rechtsentwicklung in Deutschland und in der

---

10) Merkwürdig ist die Verbindung, die zwischen mehreren schweizerischen Gotteshäusern in der Art bestand, daß die Hörigen dieser Klöster sich frei mit einander verheirathen durften, ohne in die Strafe der Ungenossame zu verfallen. Grimm W. I. S. 22. no. 31. Schauberg Zeits. I. 1. S. 45. Art. 16. — Vergl. auch Reyscher, würtemb. Privatrecht §. 214. Not. 7.

11) Mittermaier in der Krit. Zeits. f. ausländ. Rechtswissensch. Bd. XI. S. 88.

Schweiz gelegt. Noch in viel späterer Zeit übrigens vermittelten hier und da zufällige Umstände einen Einfluß deutscher Stadtrechte auf die Rechtsgestaltung in schweizerischen Städten. So wurde, um nur Ein Beispiel anzuführen, im J. 1604 von J. v. Stall für Solothurn theils aus den alten einheimischen Gewohnheiten, theils aus „der Stadt Nürnberg verneuter Reformation v. J. 1564" ein Stadtrecht zusammengetragen, welches daselbst zum Gesetz erhoben ward [12]). — Die Geltung dieser Stadtrechte erstreckte sich aber bald über das städtische Weichbild hinaus auf einen Theil der städtischen Unterthanen-Lande, wie u. a. ein Beschluß des Raths von Bern vom J. 1437 beweist, „daß alle äussern Gerichte der Stadt Bern Recht haben mögen [13])."

Allein auch die Verfassung der schweizerischen Städte war derjenigen der Städte des eigentlichen Deutschlands durchaus ähnlich und behielt vielfach länger, als es in diesen der Fall war, theilweise sogar bis auf den heutigen Tag, ihren mittelalterlichen Charakter. Von den Zünften, — welche z. B. in Basel ihre frühere politische Bedeutung bewahrt haben, indem die Wahlen in den großen Rath durch dieselben vorgenommen werden, — nicht zu sprechen, findet man in Chur heute noch neben einander einen Stadtvogt und einen Stadtrichter [14]), deren respektiver Wirkungskreis theilweise wenigstens demjenigen der alten städtischen advocati und sculteti oder judices entspricht. Jener nämlich ist Vorsitzer eines aus sechs Mitgliedern bestehenden Gerichts, welches die Strafgerichtsbarkeit ausübt und ferner in Vaterschafts-Sachen, und zwar überall ohne Berufung, entscheidet; dieser aber steht einem aus der nämlichen Zahl von Mitgliedern gebildeten Civilgerichte vor.

Fassen wir nun das Gesagte zusammen, so sehen wir die deutsche Schweiz mit Deutschland nicht bloß durch deren überwiegend germanische Bevölkerung, sondern insbesondere durch die Stammeseinheit zwischen dieser letztern und den alemannischen Deutschen, ferner

12) Solothurn. Wochenblatt Jahrg. 1845, S. 11.

13) Ueber die Einführung des Solothurner Stadtrechtes im Leberberg S. Soloth. Wochenbl. a. a. O. S. 49.

14) Dieselben werden vom großen Rathe gewählt. Dieser letztere aber wurde bis zum J. 1840 durch die Siebziger gebildet, d. h. durch die 14 Zunftmeister einer jeden der 5 Zünfte.

durch die Sprache und endlich durch gemeinsame Unterwerfung unter des römischen Reichs deutscher Nation Botmäßigkeit verbunden. — Wir finden weiter daselbst die nämlichen Territorial-Verhältnisse wie in Deutschland und sehen deutsche Stadtrechte als Mutterstadtrechte schweizerischer Städte nicht bloß diese letztern, sondern auch zum Theil deren Unterthanenländer beherrschen. Schließlich darf das Ansehen, dessen sich der Schwabenspiegel in vielen Gegenden der Schweiz erfreute [15]), nicht unerwähnt gelassen werden [16]).

Allein auch das andere Element der heutigen deutschen Rechtsgestaltung, nämlich das fremde, insbesondere römische, fehlte der Schweiz nicht. — Die alte romanische Bevölkerung hatte sich nach der Niederlassung der Alemannen in den rhätischen und helvetischen Gauen nicht sofort mit diesen verschmolzen; sondern hätte nach ihrem Rechte, aus welchem wohl Manches in das alemannische übergegangen war, fortgelebt [17]). Später war nach der Entstehung zusammengesetzterer Verhältnisse, — bei der Mangelhaftigkeit des einheimischen Rechts, welches sich nicht in dem Maaße entwickeln konnte, wie durch die von außen herein gebrachte Civilisation die Bedürfnisse zunahmen, — die Anwendung des römischen Rechts, mit dem man durch die Nähe Italiens und den häufigen Verkehr mit diesem Lande bekannt geworden war, als einer ratio scripta zur Nothwendigkeit geworden. Die auf den italienischen Universitäten gebildeten schweizerischen Juristen gingen jedoch weiter. Sich stützend auf die allgemein verbreitete Ansicht, daß die deutschen Kaiser die Fortsetzer der römischen Imperatoren seien, — und zugleich auf die Thatsache, daß die Eidgenossenschaft einen Theil des deutschen Reichs

---

15) Vergl. Bluntschli, Zürcherische Rechtsg. I. S. 232. S. jedoch mein Programm: de historia juris Tugiensium, p. 8.

16) Daß übrigens der Schwabenspiegel sogar in einzelnen Gegenden der romanischen Schweiz Geltung hatte, beweist das Vorkommen einer alten französ. Uebersetzung desselben, von welcher das Mss. auf der Bibliothek in Bern liegt. Ueber dieses Mss. vergl. v. Löw in dieser Zeits. Bd. I. S. 158 fg. und Reyscher Vorr. zu Laßberg's Schwabensp. S. XXXI. fg. — Herausgegeben wurde dasselbe von Matile, Neuenb. 1843.

17) Noch in einer Urk. v. J. 920 (Burckhardt a. a. O. S. 59. Note †) heißt es: „judicaverunt omnes Romani et Alemanni."

bildete, suchten sie die Meinung zu verbreiten, daß auch die römischen Institute ein gemeines für die Schweiz verbindliches Recht seien; daher sie die contrahirenden Partheien auf römische Exceptionen u. s. w. verzichten ließen. So finden wir z. B., daß im Jahr 1274 eine Frau Adelheid von Aarwangen (Canton Bern) beim Verkaufe einiger Liegenschaften an das deutsche Ordenshaus in Sumiswald auf jede ihr aus dem Senatusc. Vellejanum zustehende Einrede verzichtet [18]); so finden sich ferner vielfache Verzichte auf die exceptio non numeratae pecuniae [19]) u. a. m. — Thatsache ist es jedoch, daß das römische Recht in der Schweiz nie zu dem Ansehen gelangte, welches ihm in Deutschland zu Theil ward; ja daß es daselbst, wenn man von den Cantonen Schaffhausen und Graubündten, woselbst es, — im erstern kraft Gesetzes, im zweiten kraft der Landesgewohnheit, — eine subsidiäre Rechtsquelle bildet, absieht, in der Wirklichkeit nie eine andere Bedeutung als die einer ratio scripta gewinnen konnte. Der Grund hiervon ist aber theils darin zu suchen, daß die geistlichen Gerichte und das canonische Recht, durch welche anderswo die Reception des römischen Rechts vorzüglich vermittelt wurde, sich in der Schweiz nie zu großem Ansehen zu erheben vermochten, theils aber in dem Umstande, daß die Eidgenossenschaft, wiewohl sie rechtlich bis zum J. 1648 mit dem deutschen Reiche verbunden blieb, sich doch thatsächlich viel früher (im 15ten Jahrhundert) davon ablöste [20]), namentlich aber dem Reichskammergerichte und dem Einflusse seiner römischen Doctoren-Bank nie unterworfen war [21]). So erhielt sich denn das nationale germanische Recht in der alemannischen Schweiz viel reiner als dieß in Deutschland selbst der Fall war. Dieß gilt wenigstens entschieden von den kleinern, schon durch ihre örtliche Lage vom Verkehr nach außen mehr abgeschlossenen Cantonen der innern Schweiz, in welchen sich die ursprüngliche Gerichtsverfassung länger erhielt, codificirte Gesetzgebungen auch heute sich nicht vorfinden und der Einfluß gelehrter Juristen von jeher ein sehr geringer war.

---

18) Stettler, bernische Staats- und Rechtsgesch. S. 67.

19) Sumiswalder Documentenbuch Bd. I. S. 138 (Msc. auf dem bernisch. Lehens-Archive).

20) Bluntschli, Geschichte des schweizerischen Bundesrechts, S. 232 flg.

21) Bluntschli a. a. O. S. 239 flg.

In den größern, fremden Einflüssen zugänglicheren, Cantonen dagegen wirkten je länger je mehr römisch gebildete Juristen auf die Gesetzgebung ein. Zu legislativen Arbeiten berufen, suchten und fanden dieselben, ausschließlich der römischen Gesetze kundig, und auch dieser oft nur in sehr oberflächlicher Weise, in dem ihnen zur Verarbeitung überlieferten Rechtsstoffe nichts als römisches Recht [22]), und indem sie überall römische Analogieen anwendeten, verdarben sie die schöne Pflanze der einheimischen Gesetzgebung, die sie zugleich der Fähigkeit zu fernerm Wachsthume beraubten [23]).

Wir glauben in den vorhergehenden Zeilen zweierlei nachgewiesen zu haben, einerseits nämlich, daß die Rechtsquellen der deutschen Schweiz bis zur Errichtung des Reichskammergerichts nicht als fremde Hülfsquellen des gemeinen deutschen Rechts betrachtet werden dürfen, indem ihnen vielmehr für die Theorie desselben der nämliche Werth wie den eigentlich deutschen Particularrechten zukömmt; andrerseits aber, daß unter den fremden Hülfsquellen der Wissenschaft des deutschen Rechts die schweizerischen vom J. 1495 an zu den allerwichtigsten gehören.

Die Frage nun, was für die Sammlung der Rechtsquellen der deutschen, insbesondere der alemannischen Schweiz geschehen ist, läßt sich leider kurz beantworten. Es ist bisher hierfür verhältnißmäßig äußerst wenig gethan worden, und was geschehen ist, wurde meistens planlos angelegt, ist auch theilweise weitern Kreisen unzugänglich geblieben.

---

22) Gegen dieses Romanisiren eiferte vorzüglich der bernische Professor Lerber in seiner praelutio de fontibus juris patrii, Bernae 1748, welcher er als Motto folgende Worte Ziegler's in Praef. ad Hug. Grot. de J. B. et P. vorsetzte: „Ni fallor, seculi nostri haec labes est, quod in Academiis ad leges romanas ita assuefieri cogantur juvenes, ut in omni controversia — non aliunde decisionem petendam credere oporteat, quam ex jure Romanorum et legibus isti uni reipublicae accomodatis.

23) Es gilt dieß von den meisten schweizerischen Gesetzesbüchern der ältern und der neuern Zeit. Nur der zürcherische Entwurf eines privatrechtl. Gesetzbuchs, (des revid. Entw. 1ster Theil, 1847) ist von einem ausgezeichneten Germanisten, Bluntschli, ausgearbeitet worden und beweist, wie viel vom germanischen Rechtselemente noch heute für die Gesetzgebung brauchbar ist. —

Von bisherigen Quellenwerken, welche sich über den größern Theil der deutschen Schweiz erstrecken, ist allein zu nennen der I. Bd. der Weisthümer von J. Grimm, welcher Gelehrte, indem er seine kostbare Sammlung mit der Herausgabe schweizerischer Rechtsquellen eröffnete, den unmittelbaren Werth derselben für die deutsche Rechtswissenschaft besser anerkannte, als es durch bloße Worte hätte geschehen können. Es enthält dieser erste Band Oeffnungen, Hofrechte, Bruchstücke alter Urbarien u. a. m. aus dem 13ten bis zum 17ten Jahrhundert, aus den Cantonen Zürich (38 Urk.), Schwyz (2), Zug (2), Luzern (7), Solothurn (2), Bern (6), Graubündten (2), Appenzell (1), St. Gallen (7), und Basel (2). — Nebstdem sind aber nur für einzelne Cantone Sammlungen der ältern Rechtsquellen angelegt worden; so für Zürich von Pestalluth: vollständige Sammlung von Statuten des Cantons Zürich, Bd. I. 1830—1834; für Graubündten, einem freilich nur theilweise durch Alemannen bevölkerten Cantone [24]), von der geschichtsforschenden Gesellschaft dieses Landes unter dem Titel: Sammlung sämmtlicher Statutarrechte der Bünde, Hochgerichte und Gerichte des eidgenössischen Standes Graubündten. In diesem Werke finden sich u. a. das sehr interessante Landbuch der Landschaft und Hochgerichtsgemeinde Davos, so wie das Landbuch des Hochgerichts Klosters, während die in Graubündten bis auf den heutigen Tag gültigen achtzehn verschiedenen Erbrechte, wovon freilich mehrere in romanischer Sprache abgefaßt sind, von Ulrich von Mohr, Chur 1831, herausgegeben wurden. Abgesehen von den angeführten Schriften sind die ältern Rechtsquellen der deutschen Schweiz nur zerstreut in Werken des verschiedensten Inhalts abgedruckt, aus welchem Grunde schon jene dem Einzelnen vielfach, wenn nicht unzugänglich, doch unbekannt bleiben müssen, wo nicht gedruckte Uebersichten dieser Quellen nebst Angabe der Schriften, in welchen sie stehen, verfertigt worden sind, was z. B. hinsichtlich des namentlich wegen der daselbst noch vorkommenden markgenossenschaftlichen Verhältnisse sehr interessanten Cantons St. Gallen der Fall ist [25]). Unter den Werken aber, worin

24) Mittermaier in der krit. Zeits. für ausländ. Rechtswissenschaft Bd. XI. S. 82.

25) Uebersicht der gedruckten ältern und neuern Localstatuten, Offnun-

sich zerstreut viele interessante ältere Rechtsquellen und Urkunden finden, sind hervorzuheben: das im Jahr 1810 gegründete und bis 1840 fortgeführte Solothurner Wochenblatt (25 Bde. 8.), welches von da an unterbrochen, im Jahr 1845 wieder aufgenommen und unter dem Titel: „Solothurner Wochenblatt für Freunde der Literatur und vaterländischen Geschichte" bis 1847 fortgesetzt wurde, jetzt aber aus Mangel an Theilnehmern wieder eingeht. Diese 3 Bände umfassende Fortsetzung enthält inmitten einer Masse belletristischer Arbeiten eine Reihe von Urkunden, welche, durch Herrn Fürsprecher Amyet in Solothurn mitgetheilt, für die schweizerische Rechtsgeschichte nicht ohne Wichtigkeit sind, wie namentlich (Jahrg. 1846, Abth. 2 S. 17 ffg.) eine Solothurnische Gerichtsordnung von 1536, einen Rathsschluß von 1540 über das Repräsentationsrecht der Enkel, nebst andern Auszügen aus den Rathsmanualen von Solothurn, die vorzüglich Aufschlüsse über die Entwicklung des Zunftwesens geben.

Eine besondere Erwähnung aber verdienen zwei der schweizerischen Geschichte gewidmete Zeitschriften, nämlich der in Einsiedeln herauskommende Geschichtsfreund, Mittheilungen des historischen Vereins der fünf Orte, Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden und Zug, und das in Zürich erscheinende: Archiv für schweizerische Geschichte, herausgegeben auf Veranstaltung der allgemeinen geschichtsforschenden Gesellschaft der Schweiz. — Der Geschichtsfreund enthält unter der Rubrik „Reichssachen" eine Reihe sehr interessanter auf die Reichsverhältnisse in der Schweiz, so z. B. Reichszölle, bezüglicher Regesten, währenddem unter einer andern Rubrik viele Hof-, Stadt- und Burgrechte, sowie Bruchstücke von solchen abgedruckt sind. Von der größten Wichtigkeit für jeden Germanisten sind insbesondere 41 Urkunden zur Begründung der ältesten rechtlichen Verhältnisse der Stadt Luzern, die in der zweiten Lieferung des Bd. I. (1844) erschienen, und woran sich S. 218 ffg. eine gediegene Abhandlung von A. Ph. v. Segesser „Lucern unter Murbach" reiht; — ferner auch das in Bd. III. (1846) mitgetheilte älteste Stadt- und Rathsbuch von Luzern. — Das Archiv

---

gen und Gemeindsreglemente des Cantons St. Gallen und Bern bei Huber, 1847, S. 100. 8.

für schweizerische Geschichte dagegen enthält verhältnißmäßig weniger Urkunden und mehr Abhandlungen, die auch seltener eigentlich rechtshistorischen Inhalts sind. Einen vorzüglich wichtigen Beitrag für die Sammlung der schweizerischen Rechtsquellen lieferte jedoch neuerlich der V. Bd. (1847, S. 151—284) durch den Abdruck des schon aus Bluntschli's Rechtsgeschichte theilweise bekannten Richtebriefs der Burger von Zürich vom J. 1304, welcher mit den Worten beginnt: „Hie vabet an das buoch der gesetzeden der burger von Zürich, das Nicolas, ir schriber, nach dien besigelten briefen geordent hant."

Bei diesem Stande der Arbeiten für die Veröffentlichung der schweizerischen Rechtsquellen mußte sich das Bedürfniß einer planmäßig angelegten und nicht blos auf einzelne Cantone berechneten Sammlung derselben fühlbar machen. Diesem Bedürfnisse unternahm zu entsprechen, Dr. Schauberg in Zürich, ein Mann, der als tüchtiger Germanist bekannt, an einer schweizerischen Hochschule lehrend und mit den Landesverhältnissen vertraut, alle zu einem solchen Werke erforderlichen Eigenschaften vereinigte. Es beabsichtigte derselbe in einer in zwangslosen Heften erscheinenden Zeitschrift allmählig die wichtigeren bis jetzt ungedruckten schweizerischen Rechtsquellen diplomatisch genau herauszugeben, nebenbei aber in Anmerkungen einerseits das sprachliche Verständniß der mitgetheilten Urkunden zu erleichtern, andrerseits die Uebereinstimmung der schweizerischen Rechte unter sich, deren gemeinsame germanische Grundlage, so wie deren Verwandtschaft mit den deutschen Schwester-Rechten nachzuweisen. Jeder einzelne Band sollte die Rechtsquellen Eines Cantons umfassen.

Daß der Verfasser sein Unternehmen mit den Quellen seines heimathlichen Cantons begann, war sehr natürlich, und so erschien denn im J. 1844 das erste Heft des den zürcherischen Rechtsquellen gewidmeten ersten Bandes. Dasselbe schloß sich ganz dem ersten Bande der Grimm'schen Weisthümer an, da es vorzüglich eine Reihe sehr interessanter Oeffnungen mittheilte. Wir entheben uns jedoch einer nähern Bezeichnung seines Inhalts, indem wir halb auf die von diesem ersten Hefte in Schneider's kritischen Jahrbüchern 1845, S 87 ffg. erschienene Anzeige verweisen. Wie wichtig das darin enthaltene Material für die Wissenschaft des deutschen Rechts ist, zeigt schon ein Blick auf die neueste Ausgabe

der Mittermaier'schen Grundsätze, in welcher dasselbe vielfach benutzt worden ist. — Das im J. 1845 erschienene 2te Heft, mit welchem der erste Band der Zeitschrift geschlossen wurde, enthält, „der Stadt Zürich Frygen Gerichts Ordnungen und Satzungen, uß befelch eines ersamen Raths flyssig zusammengetragen, ernüvert und gebessert im J. 1553," ein namentlich für die Kenntniß der städtischen Bügerrechts-Verhältnisse (vergl. z. B. S. 299: „Erlüthrung wer die Inn ald ussburger sygind") sehr interessantes städtisches Gesetzbuch.

Noch wichtiger jedoch als dieses letztere Heft erscheint der so eben (1847) herausgekommene, die Thurgauischen Rechtsquellen enthaltende zweite Band. Der Inhalt desselben ist folgender: S. 1—52 findet sich das Stadtrecht von Diessenhoven, S. 53—58 folgt die Handfeste der nämlichen Stadt vom Jahr 1260. — Nun kommen S. 58—94 mehrere Oeffnungen, nämlich von Tobel vom J. 1492, der Gemeinde zu Romishorn von 1469, die Offnung der Kilchen und des Kellnhofs zu Wigoltingen im Turgouw vom J. 1403, die Offnung von Adorf vom J. 1469, die Offnung der Herrschafft Wagenhusen vom J. 1552, endlich Offnungen von Güttingen und von Triboltingen. S. 94—103 folgen einige österreichische Urkunden aus dem Stadtarchiv zu Diessenhoven aus der Mitte des 14ten und aus dem 15ten Jahrhundert, und hierauf S. 104 bis 116 einige Urkunden über das Güterrecht der Ehegatten aus dem nämlichen Archive, wovon die älteste vom J. 1328, die jüngste vom J. 1524 ist. — Auf S. 116—121 findet sich die älteste Stadtordnung von Frauenfeld vom J. 1331. — S. 122—124 steht ein Vidimus über den gütlichen Spruch zwischen Herren Thumb Probst Burkhard von Hewen an Einen, dem Thumb Capitel am andern, und denen Schwarztzen von Costanz am dritten Theil a. 1373 ergangen, betr. den Ober- und Nideren Hoff zu Altnaw; worauf S. 124—130 die Jura capituli constanciensis in homines, predia et alia ville Altnow vom J. 1454 in deutscher Sprache folgen. — S. 131—137 kommt eine Offnung Deren von Altnau vom J. 1568 und zum Schlusse endlich S. 137—144 die Original-Offnung von Pfinn vom J. 1502.

Schon aus diesen Ueberschriften ersieht man das reiche Mate-

rial, das hier dem Germanisten geboten wird. — Den Gesammt-Inhalt dieses Bandes zu besprechen, erlaubt uns weder Zeit noch Raum; doch können wir nicht umhin, Einiges daraus hervorzuheben, zu welchem Zwecke wir die uns daselbst mitgetheilten Quellen des Stadtrechts von Diessenhoven wählen.

Im Jahr 1178 vom Grafen Hartmann von Kyburg angelegt, hatte diese Stadt von ihrem Gründer das cölnische Stadtrecht, mit welchem die den Kyburgern verwandten Herzöge von Zähringen die von ihnen gebauten Städte, wie Freiburg i. B. und Freiburg i. U. bewidmet hatten, und später auch Bern beliehen, erhalten. Dieses Recht war es nun, welches der Stadt Diessenhoven vom Enkel ihres Gründers in der Handfeste von 1260 bestätigt ward. Nach derselben sollte die Stadt einen Rath (consilium) und an dessen Spitze einen Schultheissen (sculte-tum) haben (Art. 2), welcher letztere von den Bürgern gewählt und vom Grafen von Kyburg bestätigt wurde (Art. 3). Die „universitas civium in Diezenhoven“ aber sollte bei der Fortbildung des städtischen Rechts mitwirken (a. 27), so wie auch zur Aufnahme von Rittern und andern Leuten ins Bürgerrecht (ad jus civile) der „communis consensus Burgensium“ erforderlich war (Art. 12 u. 17). — Die Bürger bildeten ferner in ihrer Gesammtheit eine Allmandgenossenschaft, welche sich aus den Wäldern des Herrn von Kyburg mit dessen oder des Schultheissen Erlaubniß beholzen konnte (Art. 3). Im Weitern enthält übrigens die aus 31 Artikeln bestehende Handfeste nur eine äußerst mangelhafte Skizze des städtischen Rechts. Dasselbe sollte aber aus dem Mutterstadtrechte ergänzt werden, wie aus der sehr interessanten Bestimmung des Art. 6 hervorgeht, nach welchem, falls ein Urtheil des Stadtgerichts gescholten wurde, der Streit nicht nach der Willkühr des Herrn oder seines Schultheissen, sondern „pro consuetudinario et legitimo jure civium coloniensium“ in Freiburg (im B.) zu entscheiden war.

Verfassung und Recht der Stadt Diessenhoven nahmen nun in der Zeit von nicht viel mehr als Einem Jahrhundert eine bedeutende Entwicklung, wie das uns von Schauberg mitgetheilte Stadtrecht, dessen erste Niederschreibung aus dem Ende des 14ten Jahrhunderts herrührt, beweist. Auch jetzt berief man sich noch auf die Handfeste (Stadtr. Art. 160), die zwar nicht im Urtexte, sondern in einer vom Schulmeister gefertigten deutschen

Uebersetzung benutzt wurde (Art. 158), allein das in jener enthaltene Recht hatte theils durch Urtheile der Stadtschöffen, theils durch die vom Rathe gesetzten „Ainungen" eine sehr bedeutende Ausbildung erfahren, — wobei man vielfach den neu entstandenen Rechtsnormen dadurch ein größeres Ansehen zu verschaffen strebte, daß man dieselben als auf der Handfeste beruhend darstellte, wenn diese auch nichts dergleichen enthielt (Art. 158).

Auch das bei Schauberg abgedruckte Stadtrecht selbst trägt auf dem im Stadtarchiv zu Diessenhoven befindlichen einzigen Manuscript die Spuren einer raschen Fortentwicklung, indem einerseits viele Bestimmungen desselben durch eine jüngere Hand ausgestrichen sind, während sich andrerseits mehrere spätere Zusätze darin vorfinden. Die Verfassung der Stadt erscheint aber zur Zeit der ersten Niederschreibung dieses Stadtrechts in folgender Gestalt. An der Spitze des Gemeinwesens findet man einen Vogt, dann Schultheiß und Rath und die Familie der Truchseßen. Daneben hat die Stadt ein Gericht, einen Kirchherrn, und eine Reihe untergeordneter Beamten, wie einen geschwornen Schreiber, welche Stelle einmal der Schulmeister bekleidet (Art. 158), einen Bursner, dann Weibel, Schower und Ainiger. — Die respektiven Wirkungskreise des Vogts und des Schultheissen sind im Stadtrechte nicht genauer bestimmt; doch ersehen wir daraus, daß der letztere in der Regel blos den Vorsitz im Rathe führte, derselbe auch den Blutbann nicht hatte (Art. 50), während dagegen Schultheiß und Rath die regelmäßige Obrigkeit der Stadt bildeten und in dieser Eigenschaft eine Reihe von gesetzgeberischen Verordnungen erließen, wie denn auch unser Stadtrecht die Ueberschrift führt: „Dis sint die ainunge die der schulthais u. der „rat der Burger von D. hant gesetzet ..." Der Rath übrigens, der ein einziges mal mit dem Ausdrucke „consules" (Art. 206) bezeichnet wird, zerfiel in den neuen und in den alten, welcher letztere, wohl durch die zuletzt ausgetretenen Rathsglieder gebildet [26]), mehrfach bei der Festsetzung von „Ainungen" neben dem neuen Rathe erwähnt wird. (Art. 4. 27. 158.) Bei der Aufstellung solcher „Ainungen" wird auch hier und da der Einwilligung des Vogts („Schulthais u. rat hant gesetzet mit willen und gunst

26) Vergl. Mittermaier Grundſ. §. 136. Not. 15.

des vogtes") und der Gemeinde (Art. 84) gedacht, währenddem bei andern Verordnungen geradezu „Vogt, Schultheiß und Rath" aufgeführt werden (Art. 92—94).

Sehr beachtungswerth ist das Verhältniß, in welchem die Truchseßen, ein adeliches Geschlecht, welches seinen Namen von dem bei den Kyburgern bekleideten Truchsessen-Amte hatte, zu der Stadt standen, woselbst sie die Burg und andere Rechtungen von der Herrschaft zu Lehen besaßen. „Min herre der Truhsaezze, der Schulthais u. der Rat" sprechen den geistlichen Gerichten die Befugniß ab, Bürger, Bürgerssöhne und andere Leute, die in der Stadt Steuern bezahlen, falls diese vor jenen um liegendes Gut oder um Fahrhabe von mehr als X lib. Werth beklagt werden, wegen Ungehorsams zu bannen, respektive zu ächten. (Art. 69) „Her Johann „der Truhsaetz von Diessenhoven der alt, der Schulthais und der „rat" erlassen eine Verordnung zum Schutze der Juden (Art. 153). — In einer schwierigen Angelegenheit beschickt der Rath zu sich zwei Truchsäßen, den Vogt und mehrere aus der Gemeinde, so viele er haben mag, um mit denselben gemeinschaftlich zu berathschlagen. (Art. 163). Zwischen den Truchseßen und der Stadt gab es jedoch öfter Zweiungen, von denen mehrere unter der Aufschrift: „Dis ist von Jungher Molle Truchsaesssen wie er uns in menigen „weg getrang an tut" im Stadtrechte aufgezählt werden. Als namentlich im J. 1426 die Stadt, durch ihre großen Schulden und die bedeutenden Steuern, die sie jährlich an die Herrschaft (nunmehr die Herzöge von Oesterreich) bezahlen mußte, hierzu veranlaßt, einen Juden in's Bürgerrecht aufgenommen hatte, verlangte Junker Molle der Truchsäß „das im der Jud och ettwas taete „u. Jaerlich ein genannt gelt gebe", — wessen sich aber die Stadt weigerte, indem sie behauptete, daß nie ein Jude einem Vogte Etwas gegeben hätte (S. 46 a. E.). — Aus der zuletzt angeführten Aeußerung darf jedoch nicht geschlossen werden, daß dieser Truchsäß Stadtvogt gewesen wäre, da sich im Stadtrechte keine Andeutung hierauf findet, währenddem (Art. 206) Junker Hans Truchsäß genannt Bitterly als städtischer Vogt der Stadt „trüwe „u. warheit . ." schwörend erwähnt wird.

Neben dem Rathe, der, unter dem Vorsitze des Schultheißen wenigstens, den Blutbann nicht ausübte, kömmt übrigens noch ein Stadtgericht vor, dessen Besetzung im Stadtrechte nicht genauer

bezeichnet wird. Bei Anlaß einer vor demselben stattgehabten Auflassung jedoch werden als im Gerichte anwesend angeführt (Art. 163): der Schultheiß, ein Hans Zehender von Rudolfingen und ein Hans Meß „die da öch unsers geswornen Rätes warent, u. ander erber „lüt etwiemänger . .“ — „Schultaisz, Rät, richter u. gemaind“ werden auch als Urheber einer Verordnung, kraft welcher derjenige, der einen andern der Ehe anspricht und „in nit behept“ in eine Buße verfallen soll, erwähnt (Art. 180). — Neben Rath und Gericht hatte noch der „kilchenherre“ in kirchlichen Dingen eine Gerichtsbarkeit, die er von Alters her in seiner Kirche ausübte (Art. 173), währenddem in Sachen gemischter Natur, wie z. B. in Streitigkeiten über Kirchenstühle „kilchunherre, Schulthaiss u. rath“ richteten (Art. 172). Sehr merkwürdig ist endlich die Erwähnung des westphälischen „haimlich gericht“, vor welchem die Stadt nicht belangen zu wollen ein gewisser Hans Z. dem Rathe eidlich geloben muß (Art. 207).

Außer den bezeichneten städtischen Behörden werden im Diessenhover Stadtrechte noch ein großer Rath, die Gemeinde, ja eine kleine und eine große Gemeinde erwähnt, wobei man jedoch nicht vergessen darf, daß, wie wir weiter oben bereits andeuteten, das uns mitgetheilte Stadtrecht in seinen einzelnen Partien verschiedenen Zeiten angehört. — Was zunächst nun die Gemeinde anbetrifft, so kömmt dieselbe bis zu Art. 87 nur einmal vor, in einem Falle nämlich, wo Schultheiß und Räthe eine wichtige Verordnung mit jener und des Vogts Willen erlassen (Art. 84). — Von Art. 87 an aber wird die Gemeinde mehrfach neben Schultheiß und Rath als bei der Gesetzgebung und andern wichtigen städtischen Angelegenheiten mitwirkend angeführt. Nun beginnt aber mit Art. 86 eine Reihe von Artikeln, die, auf dem Msc. von einer andern als der ersten Hand geschrieben, in die vom ersten Schreiber (wohl einem Stadtschreiber) leer gelassenen Blätter eingetragen wurden; an anderen Stellen sogar sind nach den von der ursprünglichen Hand geschriebenen Worten „Vogt und Räth“ die Worte „und die von der gemaind“ später eingeschaltet worden. — Man ersieht hieraus, wie auch in Diessenhoven die Gemeinde, welche die ihr durch die Handfeste zugesicherte Theilnahme an den städtischen Angelegenheiten gegenüber ihrem Rathe verloren hatte, allmählig wieder zu Kräften gekommen war. Wie dieß geschehen, läßt sich aus dem

Stadtrechte nicht entnehmen; doch scheinen die Zünfte hierbei nicht eingewirkt zu haben, da sich keine Spur eines Zusammenhanges derselben mit der Stadtverfassung vorfindet. An die Stelle der Gemeinde scheint aber später ein großer Rath als Ausschuß derselben getreten zu sein; daher nunmehr Schultheiß, Rath und großer Rath (Art. 188) oder Schultheiß, Klein und Großräthe (Art. 192 u. 195) als Organe der gesetzgebenden Gewalt aufgeführt werden. Mit dem großen Rathe identisch war aber wohl die kleine Gemeinde im Gegensatze zur großen (Art. 185).

Neben den hier angedeuteten Bestimmungen, welche über die Verfassung der Stadt Diessenhoven und deren Fortentwicklung Licht werfen, und in denen man auch bei einem genauern Studium ein höchst schätzbares Material für die Geschichte der deutschen Städteverfassung finden wird, enthält unser Stadtrecht eine Reihe anderer sehr interessanter Vorschriften, von denen freilich verhältnißmäßig die wenigsten privatrechtlichen Inhalts sind. Unter diesen letztern sind vorzüglich hervorzuheben die Bestimmungen über Eheverlöbnisse (Art. 23), so wie diejenigen über den Abzug, der als die Verpflichtung erscheint „sin anzal u. sinen tail (zu) geben an den geltschulden so die Burger von gemainer Statt wegen denne gelten sond“ (Art. 95), wofern der Wegziehende nicht unter Vorbehalt der Freizügigkeit ins Bürgerrecht aufgenommen worden war (Art. 199).

Doch wir brechen hier ab, indem wir an die Worte erinnern, mit welchen die oben erwähnte, von einer uns unbekannten Hand geschriebene Anzeige des 1sten Hefts der Schaubergischen Zeitschrift in den Krit. Jahrb. schloß. „Der Herausgeber, hieß es „dort, wünscht nur die Deckung der Druckkosten. ... Wir hoffen, daß „nicht bloß dieser bescheidene Wunsch erfüllt, sondern daß der rege „Sinn, welcher für Rechtsgeschichte gegenwärtig, besonders auf dem „Gebiete des germanischen Rechts sich so erfreulich ausspricht, dem „Herausgeber auch Entschädigung für das Opfer, das er der Wis„senschaft bringt, verschaffen werde.“ Wir fügen nur noch bei, daß, wiewohl der Herausgeber bei seinem bescheidenen Wunsche geblieben ist, „der rege Sinn für Rechtsgeschichte ... auf dem Gebiete des germanischen Rechts“ dem so verdienstvollen Unternehmen bisher keineswegs eine solche Theilnahme zugewendet hat, daß dasselbe einen gesicherten Fortgang hätte.

Intelligenz-Blatt.

Sämmtliche in diesem Blatte angezeigten oder in der „Zeitschrift für deutsches Recht" besprochenen Werke können durch die L. Fr. Fues'sche Sortiments-Buchhandlung in Tübingen bezogen werden.

Im Verlag von H. Hotop in Cassel ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Beiträge zur Lehre vom Concurse

von

Dr. jur. Carl Fr. Oetker.

8. broch. 15 Sgr.

Der Verfasser behandelt mehrere sehr interessante aber auch sehr zweifelhafte Punkte aus dem Gebiete des Gläubiger-Concurses. Die erste Abtheilung betrifft das Retentionsrecht im Concurse, das nach allen Richtungen hin und unter Berücksichtigung und Prüfung der verschiedenen Ansichten auf's Gründlichste untersucht und erörtert wird. In der zweiten Abtheilung liefert der Verfasser interessante Beiträge zur Lehre vom Nachlaßvertrage.

Bei Julius Helbig in Altenburg sind erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Der öffentlich-mündliche Strafprozeß in Deutschland, von Dr. **H. Th. Schletter.** Erster Theil. Die rheinische Gerichtsverfassung und das rheinische Strafverfahren. (Mit 13 criminalistischen Beilagen.) gr. 8. br. 1847. 1⅓ Thlr.

Diese Schrift enthält eine Reihe von Darstellungen der Hauptseiten des rheinischen Strafverfahrens und der rheinischen Gerichtsverfassung, welche der Verfasser als die Resultate von Studien und Beobachtungen hierüber, die er während seines Aufenthaltes in den drei deutschen Provinzen auf dem linken Rheinufer im Sommer 1843 machte, dem wissenschaftlichen nicht blos, sondern überhaupt dem gebildeten Publikum vorlegt. Es sind darin verschiedene Andeutungen zu prinzipieller und richtigerer Auffassung mancher wichtiger Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute gegeben, vorzüglich aber hat der Verfasser sein Augenmerk darauf gerichtet, dieser Auffassung und der daran sich knüpfenden Reflexion eine feste Grundlage durch Bezugnahme auf die Ausbildung des rheinischen Rechts in der, noch so oft mißkannten jurisprudence und andererseits durch Benutzung der nicht minder häufig vernachlässigten Criminalstatistik zu geben. Diese Schrift ist daher für Juristen wie Nichtjuristen beachtenswerth.

Vertheidigung des wegen seines Buches **Schicksale eines Proletariers** der Erregung von Mißvergnügen gegen die preußische Regierung angeklagten Schriftstellers Ehrenreich Eichholz. Verfaßt von **L. Volkmar,** Advokat-Anwalt beim Rheinischen Revisions- und Cassationshofe in Berlin. (Separatabdruck aus Hitzig's Annalen für Criminal-Rechtspflege, fortgesetzt von Dr. Schletter. 41. Bd.) gr. 8. 1847. broch. 6 Ngr.

Zeitschrift
für
deutsches Recht
und
deutsche Rechtswissenschaft.

In Verbindung mit vielen Gelehrten

herausgegeben

von

Beseler, Reyscher und Wilda.

Zwölfter Band.

Tübingen,

Verlag und Druck von Ludw. Fr. Fues.

1848.

Inhalt des zwölften Bandes.

I.

Neue Durchsicht der Lehre von den Quellen des Rechts.

Von

Dr. Friedrich Wilhelm Unger

in Göttingen.

---

§. 1. Gegenwärtiger Stand dieser Lehre.

Wenn man fragt, was außer dem Gesetze noch als Rechtsquelle anzuerkennen sei? so erhält man von den bedeutendsten juristischen Schriftstellern sehr verschiedene Antworten. Darüber sind alle einig, daß es außer dem gesetzlichen Rechte auch ein ungeschriebenes Recht, ein Gewohnheitsrecht gebe, aber die Natur desselben bestimmen sie nicht auf gleiche Weise. Denn während die Einen seine Verbindlichkeit auf die stillschweigende Gewährung der Staatsgewalt stützen, betrachten die Andere dasselbe als eine im Volke lebende Rechtsüberzeugung, welche keiner weitern Genehmigung bedürfe. Ferner glauben Einige, das ganze Rechtsgebiet durch die Eintheilung in Gesetz und Gewohnheitsrecht erschöpfen zu können, während Andere daneben noch eine dritte Rechtsquelle aufführen, welche bald der Gerichtsgebrauch, bald das Juristenrecht oder das wissenschaftliche Recht sein soll.

Ueber dieses Schwanken der Ansichten darf man sich nicht wundern. Obgleich die Frage nach den Quellen einer Wissenschaft immer am nächsten liegt, obgleich man ihre Beantwortung gar nicht umgehen kann, so ist doch die Entwickelung der Rechtswissenschaft einer glücklichen Lösung derselben höchst ungünstig gewesen.

Die wissenschaftliche Behandlung des Rechts ist für uns von Rom ausgegangen, denn das juristische Material der heiligen Bü-

cher der Inder und Juden, sammt der juristischen Literatur der Braminen kommen für uns so wenig in Betracht, als die Jurisprudenz des Koran. In Rom aber entstand ein wissenschaftliches Studium des Rechts erst zu einer Zeit, da der Freistaat schon seinem Untergange nahte, zu einer Zeit, da die verschiedenen Staatsgewalten bereits den wichtigsten Theil des Rechts in schriftlichen Aufzeichnungen niedergelegt hatten. Dieser Zustand war für eine gleichmäßige Würdigung aller Rechtsquellen nichts weniger als günstig, ja er wurde noch ungünstiger, als unter den Kaisern gewisse Staatstheorien aufkamen, welche den Uebergang zur Alleinherrschaft und die Berechtigung des Kaisers zur Regierung erklären mußten, und mithin auch auf die Rechtsquellen Anwendung finden konnten.

In den Schriften der römischen Juristen, wie sie uns in der Compilation Justinians überliefert sind, finden wir nun folgende Darstellung: Alles Recht ist entweder geschriebenes oder ungeschriebenes. Das geschriebene besteht aus den Erlassen der verschiedenen Staatsgewalten (Lex, Plebiscitum, Senatusconsultum, Principum Placita, Magistratuum Edicta) und den Aussprüchen der Rechtsverständigen (Responsa Prudentium). Das ungeschriebene Recht ist das durch Gewohnheit gebilligte. Daß man aber alle Gewohnheit wie ein Gesetz befolgt, das ist in der Ordnung, weil die Gesetze ja auch auf dem Beschlusse des Volks beruhen, und doch nichts darauf ankommen kann, ob das Volk seinen Willen ausdrücklich durch Abstimmung oder durch stillschweigende Uebereinstimmung erklärt. Diese republikanische Theorie wurde durch die Annahme einer Lex regia aufrecht erhalten, mittelst welcher das Volk seine Rechte auf den Kaiser übertragen haben sollte.

Als im Mittelalter das juristische Studium von neuem aufblühte, war es das römische Recht, von dem man ausging, und man nahm daher aus diesem seine Theorie der Rechtsquellen. Doch mußte man bald bemerken, daß es sich damit nicht allenthalben so verhielt, wie man nach den Worten der lateinischen Quelle hätte glauben sollen. Während im römischen Rechte die Gewohnheit eine sehr untergeordnete Rolle spielte, sah man sich aller Orten mit einer Menge von Rechten umgeben, die nicht aus Gesetzen abzuleiten waren, und die eine sehr verschiedenartige Natur zu haben schienen. Man sah Rechte, die sogar aufgeschrieben waren, und dennoch nicht auf Gesetzen beruhten. Obenhin gesprochen genügte es zwar, wenn

man sich an den Gegensatz von geschriebenem und ungeschriebenem Rechte hielt. Es war eben nicht unrichtig, wenn Arnold von Lübek[1]) sagte: alles Recht in Deutschland beruht auf den Gesetzen der Kaiser und dem Herkommen. In andern Ländern bediente man sich ähnlicher allgemeiner Ausdrücke. So sprach man in Frankreich von Coutumes, in Spanien von Usages und Costumbres. Aber in der Theorie reichte dieser Sprachgebrauch nicht aus. Da erfand man mancherlei Unterschiede, die besonders darauf berechnet waren, die Satzungen einzelner Gemeinden von allgemeineren Gewohnheiten zu unterscheiden. So nennt der Schwabenspiegel[2]) neben der guten Gewohnheit das »Jus civile, quod unaquaeque civitas sibi ipsa constituit, daz heizet Burgerrecht, swa ein jegelich stat ir selber setzet ze Rechte mit ir Kuniges oder mit ir Fursten Willen und nach wiser Liute Rate.« Das kastilianische Gesetzbuch Alfons des Weisen las siete Partidas, welches um 1260 vollendet ist, unterscheidet Uso, Costumbre und Fuero. Uso ist die Gewohnheit, welche Werth haben soll, wenn sie zum allgemeinen Besten dient, unschädlich ist, und öffentlich geübt wird, so daß sie zur Kunde der Rechtsverständigen gelangen kann. Diese wird zur Costumbre, wenn man sie lange fortsetzt, so daß sich die Menschen in ihren Handlungen dadurch bestimmen lassen, und endlich zum Fuero, wenn die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung einer Gemeinde und ihres Herrn hinzukommt. Aehnlich unterschied man später in Deutschland unter Herkommen, Gewohnheit und Statut. Das Herkommen sollte zwar in alter Zeit ausdrücklich beschlossen, aber nicht in schriftlicher Aufzeichnung, sondern nur durch die Uebung erhalten sein; die Gewohnheit dagegen wollte allein durch den Gebrauch entstanden sein, das Statut aber war die Satzung einer vom Regenten anerkannten Gemeinde.

Mit alle dem war die Sache um nichts weiter gebracht. Untersuchungen, wie die von Uso und Costumbre, von Herkommen und Gewohnheit, waren geradezu nichtssagend, und die Gemeindestatuten hätte man — sollte einmal das Römische Recht der Theorie zum Grunde gelegt werden — füglicher als Plebiscita auffassen können,

1) Chron. Slavor. 3, 18.

2) Art. 44. (Lassb.)

wie das hie und da wohl auch versucht ist. Aber in anderer Hinsicht that man einen folgenreichen Schritt rückwärts.

Zu den Ansichten, welche etwa im sechzehnten Jahrhundert über das Wesen der modernen monarchischen Staaten herrschend waren, wollte es sich nicht gut schicken, daß man sagen sollte, die Gewohnheit habe Gesetzes-Kraft deßhalb, weil das Gesetz ebenfalls nur der ausgesprochene Wille des Volkes sei. Man begriff sogar nicht, wie Tribonian noch habe darauf kommen können, diese altrepublikanische Theorie in seine Compilation aufzunehmen. Aber eine Erklärung für das Herkommen mußte man haben, denn sonst war nicht einzusehen, weßhalb denn nicht die gewöhnlichen Lebensgewohnheiten und Moden ebenfalls als Rechtssätze betrachtet würden? Indem man nun nach andern Gründen für die Gültigkeit eines Gewohnheitsrechts suchte, ging man auf die seltsamste Weise irre. Zunächst drängte sich eine gewisse Aehnlichkeit desselben mit der Verjährung auf, und wirklich ging die Ansicht, daß eine Gewohnheit dann rechtsverbindlich werde, wenn sie während der Verjährungsfrist geübt sei, in die Praxis über. Nur schwankte man bei der Wahl unter den verschiedenen Verjährungsfristen.

Die Besseren freilich erkannten stets das Verkehrte dieser Ansicht. Sie schufen sich aber eine nicht minder fehlerhafte Theorie, indem sie die römische Ansicht zwar als Grundlage behielten, aber die Sache geradezu umkehrten. Sie schloßen etwa so: das Wahre an dem Ausspruch der römischen Juristen ist, daß Gewohnheitsrecht und Gesetz gleichbedeutend sind, weil beide eine und dieselbe Quelle haben. Die Quelle des Gesetzes ist zweifelsohne die Staatsgewalt, folglich kann die Gewohnheit auch nur durch die Staatsgewalt Gesetzes-Kraft erhalten, sie kann, mit andern Worten, nur gelten, insofern sie von dem Staatsoberhaupte — wenn auch nur stillschweigend gebilligt ist. Darüber stritt man aber, ob diese Billigung eine ganz allgemeine sein dürfe, welche sich um den Inhalt der einzelnen Gewohnheiten nicht kümmere, oder ob sie jede einzelne Gewohnheit besonders berühren müsse. Weiter ging aus der Consequenz dieser Ansicht die Meinung hervor, daß es kein Gewohnheitsrecht gebe, durch welches gebietende oder verbietende Gesetze aufgehoben werden könnten — eine Meinung, welche mit dem unabweislichen Fortschreiten des Rechtslebens in den schreiendsten Widerspruch gerieth.

Bei allen diesen Theorieen ging man immer davon aus, daß alles, was die Römischen Rechtsbücher über die Rechtsquellen aussagten, verbindliche Kraft hätte, und es fiel niemanden ein, die Natur der Rechtsquellen unabhängig zu untersuchen. Das war ganz natürlich, so lange das römische und kanonische Recht die alleinige Grundlage des Rechtsstudiums blieb. Der Blick war dadurch für das reiche nationale Material, wenn nicht verschlossen, doch mindestens sehr eingeengt. Aber als man anfing, das deutsche Staatsrecht und Privatrecht zum Gegenstand einer abgesonderten Bearbeitung zu machen, mußte man einsehen, daß man mit den römischen Ansichten über die Rechtsquellen nicht ausreichte.

Freilich war daneben sehr viel die Rede von einer andern Quelle, nämlich dem Usus fori, den man theils in den Meinungen der Schriftsteller, theils in den von diesen veröffentlichen Erkenntnissen der höchsten Rechts- und Landesgerichte und der Juristenfakultäten und Schöffenstühle zu erkennen glaubte. Man hatte auch hierfür eine Berechtigung in dem römischen Rechte. Hier waren die Responsa Prudentium als ein Bestandtheil des Jus scriptum mit aufgeführt [3]). Aber es hatte damit eine eigene Bewandtniß. Unter den Juristen waren in der früheren Kaiserzeit einzelne vom Staatsoberhaupte förmlich autorisirt, Rechtssätze zu begründen (Jura condere) und man wußte nicht recht, wie es damit eigentlich gemeint sei. Jedenfalls stand eine solche Autorisation keinem der neuern Schriftsteller zur Seite. Dennoch gewannen im 15. Jahrhundert einzelne Schriftsteller ein solches Ansehen, daß man sich fast ausschließlich nur an sie hielt, und als dieser Mißbrauch durch den Einfluß der sogenannten eleganten Juristen abgekommen war, griff die Sucht, durch gelehrte Citate zu glänzen, bei Advokaten und Richtern gewaltig um sich. Man sah den Mißbrauch ein, man mußte zugeben, daß aus der sogenannten gemeinen Meinung ungemeine Irrthümer entsprangen, und wußte sich doch nicht davon los zu machen. Viele sprachen gar nicht mehr von der Opinio Doctorum, dem Stylus Curiae, dem Gerichtsgebrauche als einer Rechtsquelle, andere suchten durch Unterscheidungen zu helfen. Stryk [4]) z. B. meint, wenn die gemeine Meinung in den Gerichten als solche angenommen sei, dann müsse

3) §. 3. J. de jure nat. gent. et civ.

4) Usus modernus Pandectarum lib. I. tit. 3. §. 13.

man sie befolgen, ausserdem komme es auf die Stichhaltigkeit ihrer Gründe an.

Je mehr man nun aber das deutsche Recht bearbeitete, desto mehr sah man sich in die Nothwendigkeit versetzt, nach neuen Erkenntnißquellen umzublicken. Da kamen an die Reihe die Hausgesetze des hohen Adels, die Flur- und Lagerbücher, die Bauerköhren, die Hofsprachen, die Präjudizien, die Observanzen, die Rechtssprichwörter. Aber es dauerte lange, bis man alles dieß unter bestimmte Gesichtspunkte zu vereinigen wußte.

Erst als Kant's Philosophie auf die Behandlung des positiven Rechts einzuwirken begann, traten allmählig Ansichten hervor, welche das ganze Material unter einen Gesichtspunkt brachten, der über den Bestimmungen der vorhandenen Rechtsquellen stand, und sich von den Einflüssen der herrschenden Meinung eben so, wie von den Aussprüchen des Gesetzgebers frei erhielt.

Das erste und wichtigste war, daß man sich in der Theorie vom Gewohnheitsrechte zu einer Ansicht erhob, welches in der That der der römischen Juristen wiederum näher kam, obgleich sie nicht wie diese von einer an untergegangene republikanische Staatsformen geknüpften Idee ausging, sondern vielmehr auf eine neue und richtige Vorstellung von der Natur des Rechts und des Staats gegründet wurde.

Schon Hugo erkannte, daß die Gewohnheit eine Naturkraft sei, die sich bilde, ohne daß man ihren Ursprung verfolgen könne, und die keine Abhängigkeit von der Staatsgewalt dulde. Sie ist völlig eben so gut, sagte er [5]), wie die ausdrücklichen Gesetze; man kann sie in jedem Staate unmittelbar auf den Willen des Volks gründen, und braucht auch in monarchischen Staaten den Umweg nicht, erst den Monarchen selbst diese bestimmte Gewohnheit erfahren und wollen zu lassen. Dennoch dauerte es lange, ehe sich diese Lehre Anerkennung verschaffen konnte. Man hielt sich daran, daß der Gewohnheit im Sinne des gemeinen Sprachgebrauchs keine Rechtsverbindlichkeit beigelegt werden könne, wenn es nicht durch den Gesetzgeber geschehe, mithin könne man nur so, wie die geschriebenen Gesetze es wollten, ihr eine juristische Bedeutung zuschreiben. Erst v. Savigny und sein Schüler Puchta vollendeten die von Hugo

---

5) Encyclopädie, 4. Versuch §. 22.

mehr geahnte, als durchdrungene Theorie durch den Nachweis des wahren Ursprungs des Rechts im Volksleben und seiner wahren Natur als Volksüberzeugung. Das ungeschriebene Recht wurde damit wieder in seinen wahren Werth eingesetzt, und es knüpften sich wichtige Folgen an diese Ansicht, indem man nun nicht mehr zweifeln durfte, daß auch gebietende und verbietende Gesetze durch Gewohnheit abgeändert werden könnten, und indem man die Theorie vom Beweise des Gewohnheitsrechts wesentlich verbesserte. Man fand auch, daß die Ansprüche der römischen Juristen in der Hauptsache mit diesen neuen Ansichten übereinstimmten, doch erkannte man, daß die Theorie hier über dem römischen Rechte stehen müsse, was um so wichtiger war, als es doch nicht in allen Puncten einleuchten wollte, daß die Aussprüche der römischen Juristen mit diesen Ansichten der historischen Schule übereinstimmten.

Neben dem Gewohnheitsrechte bedurften nun aber die Germanisten noch andere Rechtsquellen. Sie fanden zweierlei: Autonomie und wissenschaftliches Recht.

Mit der Autonomie war man bald fertig. Sie war stillschweigender oder ausdrücklicher Vertrag — wo denn freilich nicht mehr abzusehen war, weßhalb ein Kaufbrief weniger Rechtsquelle sein sollte, als ein städtisches Statut — oder auch Ausfluß privatrechtlicher Gewalt, und man konnte auf diesem Wege eben sowohl neue Normen festsetzen, als sich fremden Gesetzen unterwerfen. So findet sich die Lehre am ausführlichsten bei Eichhorn.

Weniger wußte man mit dem wissenschaftlichen Rechte fertig zu werden. Zuerst trat es bei Runde [6]) auf als Natur der Sache, d. h. „allgemeine, aus der Natur der Sache selbst abgezogene Rechtsgrundsätze.“ Diese Auffassung erhielt anfangs wenig Beifall. Mittermaier [7]) zeigte, daß diese Natur der Sache nur das Resultat einer wissenschaftlichen Operation sein könne, und Eichhorn sprach so wenig von ihr, als von einem andern wissenschaftlichen Rechte. Später jedoch findet sich die Natur der Sache bei Mittermaier [8]) wieder. Es ist ihm „die Natur der deutschen Rechtsinstitute, welche denselben nach der Art, wie ein Institut in Deutschland durch die

---

6) Grundſ. des g. d. Privatrechts §. 40.

7) Lehrbuch des d. Privatrechts. Landshut 1821. §. XIII. S. 38.

8) Grundſ. des g. d. Privatrechts. Ausg. 6. §. 40.

Rechtsübung sich ausbildete, zum Grunde lag; die leitende Idee, welche eine aus der Art des Ursprungs und der Fortbildung des Instituts entstandenene oberste Regel bildet."

Mittermaier nähert sich hierin der Auffassung von Reyscher [9]), welcher die Natur der Sache — wie er sagt, „die Verhältnisse des wirklichen Lebens," oder vielmehr die der äußern Erscheinung dieser Verhältnisse zu Grund liegende rechtliche Idee — als Hauptquelle des deutschen Privatrechts betrachtet.

In andrer Weise bemächtigten sich die Staatsrechtslehrer dieser Quelle. Sie nahmen das natürliche Staats- und Völkerrecht als subsidiäre Rechtsquelle an, und verstanden darunter ebenfalls die obersten Principien und Grundideen des Rechtsinstituts, welche auf diesem Boden freilich mehr die Gestalt philosophischer Ideen annahm. In neuester Zeit sind aber Maurenbrecher [10]) und Zachariä [11]) dieser Ansicht entgegengetreten, während Weiß [12]) die Natur der Sache in dem Sinne von Runde an die Stelle setzte.

In einer viel bedeutungsvollern Weise tritt nun aber das eigentlich sogenannte wissenschaftliche oder Juristen-Recht auf. Wir finden z. B. bei Rudhart [13]) drei Rechtsquellen: Legislation, Doctrin und Jurisprudenz, oder nach sonst üblichem Sprachgebrauche: Gesetz, Theorie und Praxis. Er stellt hier die communis Opinio Doctorum und den Gerichtsgebrauch neben das Gesetz, dagegen Gewohnheit und Autonomie kennt er nicht. Bedeutender war, daß Puchta [14]) neben dem Gewohnheitsrechte ein wissenschaftliches Recht annahm, welches Theorie und Praxis umfaßte. Er schrieb den Juristen als Vertretern des Volks und Trägern des Rechts die Befugniß zu, Recht zu schaffen, allein seine Erörterung hatte etwas Vages, so daß es scheinen mußte, als wolle er das gesammte Resultat der wissenschaftlichen Thätigkeit der Juristen unter dem wissenschaftlichen Rechte begriffen haben.

9) Diese Zeitschrift 1, 40. u. 10, 171.

10) Grundsätze des h. d. Staatsrechts §. 7.

11) Das Staats- u. Bundesrecht Abth. 1. §. 4.

12) System des d. Staatsrechts §. 17.

13) Encyclopädie u. Methodologie der Rechtswissenschaft. Würzburg 1812. §. 117. S. 60.

14) Das Gewohnheitsrecht Th. 1. S. 161 f. Th. 2. S. 15.

In der That fand dieses wissenschaftliche Recht wenig Anerkennung, und selbst Savigny[15]), dem das Publicum lange Zeit die Grundgedanken der Puchta'schen Darstellung zugeschrieben hatte, gestand den Meinungen der Rechtsgelehrten nur eine wissenschaftliche Auctorität, keineswegs die Bedeutung einer Rechtsquelle zu, obgleich er der Meinung war, daß sehr wohl unter den Juristen als Trägern des Rechts ein Gewohnheitsrecht entstehen könne.

Andere Versuche, dem Juristenrechte eine Grundlage zu geben, machten Maurenbrecher und Beseler, aber auch sie haben zu keinem Resultate geführt, welches allgemeine Anerkennung hätte finden können. Maurenbrecher[16]) glaubte in den Reichsgesetzen das Gebot zu lesen, daß man den bekannt gewordenen Aussprüchen der höchsten Gerichtshöfe und den Meinungen der Mehrzahl der juristischen Schriftsteller folgen solle. Doch warnte er vor Mißbrauch und empfahl Prüfung der Meinungen, so daß die Beschränkungen, welche er hinzufügte, den ganzen Grundsatz schwankend und unbrauchbar machten. Beseler[17]) dagegen ging von der Ansicht aus, daß in dem Gewohnheitsrechte nicht alles in volksthümlicher Weise fortgebildet sei, sondern daß namentlich in Deutschland unter dem Einflusse des von den Juristen gepflegten römischen Rechts sehr vieles entstanden sei, was in theoretischen Voraussetzungen oder gar Irrthümern seinen Grund gehabt habe. Er legte daher dem Juristenstande eine besondere rechtsbildende Kraft bei, welche ähnlich, wie die des Volkes, nur nicht in volksthümlicher Weise, wirkte. Den Inhalt des Juristenrechts aber will er aus der zusammenfassenden Beobachtung des gesammten Wirkens der Juristen in Schrift, in Gerichten und bei der Gesetzgebung erkannt wissen, wo nicht etwa der einzelne Jurist eine so unmittelbare Anschauung von der gemeinsamen Ueberzeugung seines Standes habe, daß er einer weitern Erkenntnißquelle oder Beweisführung nicht mehr bedürfe. Auch diese Ansicht konnte nicht befriedigen, da sie zu wenig scharfe und anwendbare Resultate gibt, und der Hypothesensucht einen so großen Spielraum läßt.

---

15) System des heut. röm. Rechts. Bd. 1. §. 19. S. 88—90.

16) Lehrbuch des d. Privatrechts Ausg. 2. Bd. 1. §. 30 f. besonders §. 31. Note 12.

17) Volksrecht und Juristenrecht S. 299 f.

Man sieht indessen aus der Geschichte dieser Meinungen deutlich genug, daß hier etwas im Hintergrunde ruht, was sich dem Lichte der Wissenschaft noch entzogen hat, dem man aber doch allmählig näher gekommen ist. Doctrin und Praxis sind Thatsachen, deren Existenz man nicht läugnen, deren Einfluß man nicht von sich abwälzen kann. Aber die Schwierigkeit liegt darin, daß man noch nicht den Standpunkt gewonnen hat, aus welchem die Herrschaft der Doctrin und Praxis ihre Berechtigung erhält, und durch welchen zugleich eine deutliche Gränze zwischen ihrer richtigen Befolgung und dem Mißbrauche, dem gedankenlosen Autoritätendienste, gesetzt wird. Auch mußte die Vieldeutigkeit des Ausdrucks: Juristenrecht, wissenschaftliches Recht, und die Mannigfaltigkeit der Art und Weise, wie die Rechtswissenschaft mittelbar und unmittelbar auf die Ausbildung des Rechts von Einfluß ist, nicht wenig beitragen, diese Schwierigkeit zu vermehren.

Will man nun aber die Zweifel auf eine überzeugende Weise lösen, so darf man die Untersuchung nicht auf eine einzelne Rechtsquelle, etwa auf das Gewohnheitsrecht, oder die Praxis, oder das Juristenrecht allein beschränken, sondern man muß alle Rechtsquellen vor Augen haben, und sich ihr Verhältniß zu einander klar zu machen suchen. Man muß sich ferner gegenwärtig halten, daß die Natur der Rechtsquellen unveränderlich ist, und mithin weder nach dem Gegenstande des Rechts, noch nach Zeit und Ort wechselt. Die Resultate können also nur dann richtig sein, wenn sie auf alle Theile des Rechtsgebiets, auf öffentliches, wie Privatrecht, kirchliches, wie weltliches Recht Anwendung finden, und wenn die Erscheinungen aller Zeiten und Völker mit ihnen harmoniren. Die folgende Darstellung ist von diesen Grundsätzen ausgegangen. Sie stützt sich, unabhängig von jeder positiven Gesetzgebung, allein auf die Natur des Rechts und auf die Beobachtung seiner geschichtlichen Entwickelung. Sie nimmt daher, so gut dieß meine Kräfte zuließen, auf die Erscheinungen der verschiedenartigsten Nationen und der entferntesten Zeiten Rücksicht, und hofft eben dadurch practisch, d. i. brauchbar zu werden, daß sie die Gegenwart durch die Vergangenheit, das Nahe durch das Ferne beleuchtet.

§. 2. Begriff der Rechtsquelle.

Quelle nennt man etwas, durch welches ein Anderes hervorgebracht wird. Den Ausdruck Rechtsquelle gebraucht man in einem

objectiven und einem subjectiven Sinne; man versteht darunter theils das, wodurch das Recht wirklich erzeugt wird, theils das, wodurch das Recht nur für unsere Wahrnehmung, für unsere Beobachtung hervorgebracht wird, also das, woraus wir die Kenntniß des Rechts schöpfen. Die Entstehungsquellen und die Erkenntnißquellen des Rechts müssen wir aber sorgfältig von einander unterscheiden, wenn wir nicht allenthalben in Irrthümer gerathen wollen. Von beiden ist die wissenschaftliche Procedur zu trennen. Zwar bedienen wir uns dieser ebenfalls, um das Recht kennen zu lernen, aber wir schöpfen kein neues Recht aus derselben. Sie dient uns nur, entweder eine Rechtsquelle zu eröffnen, oder das aus der Quelle geschöpfte Recht für unsere genauere Erkenntniß zuzubereiten. Zu dem erstern Zwecke sammelt, interpretirt und erläutert sie die Erkenntnißmittel, zu dem letztern Zwecke zerlegt sie das aus der Quelle geschöpfte Material, abstrahirt daraus die leitenden Gedanken und obersten Begriffe, und gibt diesen wieder durch Combination und Zerlegen ihres Inhalts neue Anwendungen. Wenn die wissenschaftliche Behandlung auf diesem Wege wirklich zu neuen Rechtssätzen gelangt, so ist sie doch nur scheinbar eine Rechtsquelle, denn sie deckt nur auf, was schon in dem vorhandenen Materiale verborgen enthalten war. Diese wissenschaftliche Procedur ist es, welche Runde vor Augen hatte, als er von der Natur der Sache redete, und es ergibt sich aus dem Gesagten, daß es nicht gerechtfertigt ist, die Natur der Sache in diesem Sinne unter die Rechtsquellen zu zählen.

Aehnlich verhält es sich mit der Billigkeit, Aequitas, welche hie und da wohl auch unter den Rechtsquellen aufgeführt ist. Dieser Begriff läßt sich in allen seinen Anwendungen zurückführen auf eine solche Behandlung des Rechts, welche durch wohlwollende oder überhaupt sittliche Gesinnung geleitet ist. Dem Philosophen ist die Billigkeit die Vermittlerin zwischen Recht und Moral, die Vollenderin des Rechts, durch welche den ewigen Gesetzen ein Genüge geschieht [18]). In diesem Sinne ist sie die Entstehungsquelle des Rechts für einen idealen Staat, nämlich die sittliche Natur des Menschen, welche das natürliche Recht erzeugt, aber in einer solchen Entfaltung gedacht, daß sie einerseits die physische Natur desselben, ande-

18) Göschel, zerstreute Blätter aus den Hand- und Hülfsacten eines Juristen Bd. 1. S. 54.

rerseits alle andern rechtbildenden Einflüsse überwindet. Es war daher eine unglückliche Wahl des Ausdrucks, wenn Herbart in seiner praktischen Philosophie die Idee der Billigkeit als Grundlage des Strafrechts der Idee des Rechts als der Grundlage der Vermögensverhältnisse gegenüberstellte.

Die römischen Juristen schloßen sich jenem philosophischen Begriffe der Billigkeit an, wenn sie das fortbildende Element des Rechts, das Jus Gentium, welches die Härten des alten nationalen Rechts ausglich, ein billiges Recht, aequum Jus, nannten, oder wenn sie sich auf Billigkeit beriefen, so oft sie mehr dem Geiste des Rechts, als dem Buchstaben des Gesetzes nach entschieden. Das letztere Verfahren versteht auch das Bairische Gesetzbuch [19]) unter der natürlichen Billigkeit, wenn es dieselbe darin findet, daß „eine in allgemeinen Terminis lautende Ordnung in besondern Fällen eingeschränkt wird, wenn offenbar und augenscheinlich ist, daß Ratio Legis vollkommen und gänzlich hierin cessirt.“ In allen diesen Fällen ist ebenfalls nicht von einer besondern Rechtsquelle, sondern von einer wissenschaftlichen Operation die Rede.

In einem andern Sinne spricht der praktische Jurist von Billigkeit. Er handelt nach billigem Ermessen, wenn ihm die Rechtsregel innerhalb gewisser, bald engerer, bald weiterer Gränzen freien Spielraum und Berücksichtigung besonderer Umstände und Verhältnisse gestattet. Oft ist ihm erlaubt, die Höhe einer Entschädigung, die Größe einer Strafe nach Billigkeit festzusetzen; Dispensationen von der Strenge des Gesetzes, Moratorien, Begnadigungen werden nach Billigkeit ertheilt. In solchen Fällen ist die Billigkeit ebenfalls keine Rechtsquelle, sondern nur eine Eigenschaft des Rechts oder seiner Anwendung. Sie ist auch dem Rechte nicht entgegen, sondern vielmehr durch dieses selbst gestattet, wo nicht geboten. Zur Rechtfertigung eines Unrechts aber kann sie niemals dienen, wie hart auch die Anwendung eines Rechtssatzes erscheinen mag [20]).

Freilich hat man sich nicht selten auf Billigkeit berufen, wo man nur nach einem unsichern Rechtsgefühle urtheilte, ein Verfahren, welches niemals vor dem Richterstuhle der Wissenschaft beste-

---

19) Cod. Maximil. 1, 1. §. 11.

20) Quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est. L. 12. §. 1. D. 40, 9.

hen kann, weil es sich dem Nachdenken entzieht, und die Willkühr an die Stelle des Rechtes setzt[21]). Es ist das größte Lob, welches man den Schriften der römischen Juristen zollen muß, daß sie sich einer solchen Billigkeit nicht schuldig gemacht haben.

§. 3. Die Entstehungsquellen des Rechts. Das natürliche Recht.

Unter den Entstehungsquellen des Rechts ist die erste die Natur des Menschen und der menschlichen Gesellschaft. Schon die Römer bezeichnen diese Quelle mit dem Ausdrucke: naturalis Ratio, und sie nennen den Theil des Rechts, der aus derselben entsprossen ist, das natürliche Recht, Jus naturale. Die Natur des Menschen und der menschlichen Gesellschaft umfaßt theils die von der Natur gebotene Nothwendigkeit, welche gewisse allgemeine Rechtsregeln erzeugt, die sich zu jeder Zeit und bei jedem Volke wiederfinden müssen, theils aber auch den Inbegriff der menschlichen Anlagen und Neigungen, welcher andere Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse erzeugt, die sich zwar häufig vorfinden, die aber dennoch sehr wohl fehlen können, und zum Theil gerade durch höhere Cultur beseitigt zu werden pflegen. Die Sklaverei ist ein Rechtsverhältniß, welches dieß erläutern kann. Man sieht hieraus, daß unser natürliches Recht ganz etwas anderes ist, als die Natur der Sache, von welcher gewöhnlich im Privatrechte die Rede ist. Eher trifft es mit dem zusammen, was die Staatsrechtslehrer unter Natur der Sache oder Naturrecht zu verstehen pflegen. Diesen konnte es allerdings nicht entgehen, daß ein nicht unbedeutender Theil des öffentlichen Rechts eben nur aus dieser Quelle entsprungen ist, während das Privatrecht fast allenthalben auf andere Entstehungsquellen hinweist. Es wurde ihnen aber die Verwechslung der Entstehungsquellen mit den Erkenntnißquellen gefährlich. Indem sie die Erkenntniß der Natur des Menschen und der menschlichen Gesellschaft benutzen wollten, um das positive Recht kennen zu lernen, geriethen sie auf den Abweg, philosophische Grundsätze und Ideale, oder politische Hoffnungen als positives Recht zu behandeln. Die neuern Staatsrechtslehrer haben daher mit gutem Grunde einen solchen ungehörigen

---

21) Mühlenbruch, Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles, in der Einleitung.

Gebrauch der philosophischen Betrachtung, welche das bestehende Recht erklären, aber nicht erweisen kann, vermieden, ohne jedoch zu verkennen, daß es vollkommen zuläßig, ja nothwendig sei, den Begriff des Staates durch die wissenschaftliche Operation des Zerlegens und Schließens auch für das positive Recht fruchtbar zu machen.

§. 4. Das volksthümliche Recht.

Zu dieser ersten Quelle des Rechts kommt dann als zweite die Gesammtmasse aller der Umstände und Ereignisse, welche die besondere Gestaltung des Volkes und seiner Ueberzeugungen bedingen. Diese Umstände sind wiederum zwiefacher Art. Sie bestehen nämlich theils in dem allgemeinen Bildungsgesetze der Völker, welches denselben auf verschiedenen Lebens- und Cultur-Stufen verschiedenartige Rechtszustände anweist, theils in dem, was die Verschiedenheit der Völker unter einander begründet, als da sind: körperliche und geistige Anlagen, Klima und Boden, politische Verhältnisse u. dergl. m. Beides vereint gibt den Völkern ihren Charakter, ihre Nationalität, dem Rechte der Völker ihre Eigenthümlichkeit, es ist eben das, woraus *) Reyscher in neuerer Zeit die Natur der Sache abgeleitet hat [22]). Diese Quelle bildet ein Recht, welches auf das engste mit der Nationalität des Volkes verwachsen ist, indem es die in dem Volke herrschende Rechtsüberzeugung enthält, und sich in der Uebung des Rechts, der Gewohnheit, dasselbe anzuwenden, am unverkennbarsten äußert. Es heißt daher bald Sitte, Mores Majorum, bald Gewohnheitsrecht oder Herkommen, Consuetudo, franz. Usance, Coutume, spanisch Usage oder Costumbre. In neuerer Zeit hat man es nicht unpassend das Volks-

---

*) Nicht einzig und allein. Außer dem volkseigenthümlichen Stoffe ist das allgemeine Natur- und Vernunft-Gesetz dem Rechte zur Grundlage gegeben, wie dieß auch oben §. 3 geschieht. Mit welchem Worte wir das Wesen unseres gemeinen Rechts zusammenfassen wollen, daran ist zuletzt nicht viel gelegen; die Hauptsache nur, daß aus der frischen Quelle wirklich geschöpft werde, und daß man sich den klaren Grund nicht durch unnützes Bauwerk trüben lasse. R.

22) „Die Natur der Sache, d. h. die Beschaffenheit gegebener Verhältnisse und der hieraus sich ergebende rechtliche Begriff." Zeitschrift 10, 172.

recht genannt. Nur darf man dabei nicht vergessen, daß der Ausdruck „Volk" hier nicht im Gegensatze gegen den Herrscher gemeint ist, daß also nicht etwa das Volksrecht im Widerspruche mit dem gesetzlichen Rechte gedacht werden soll; vielmehr enthält dasselbe die natürliche unorganisirte Aeußerung des allgemeinen Willens, der allgemeinen Ueberzeugung, welche in dem Gesammtorganismus eines Staates herrscht.

Es ist nicht möglich, in jedem einzelnen Falle die Umstände und Ereignisse, welche auf die Gestaltung des Volksrechts wirken, aufzufinden, und eben so wenig kann man sie in allgemeiner Darstellung erschöpfend aufzählen. So mannigfaltig sind diese Umstände und so verborgen wirken sie. Zwei Umstände müssen wir aber hier hervorheben, weil sie von Manchen für besondere Entstehungsquellen des Rechts gehalten worden sind, nämlich: die Gewohnheit und die Meinungen der Gelehrten. Beide sind als Erkenntnißquellen wichtig, wie sich weiter unten zeigen wird, allein sie treten auch als Entstehungsquellen des Rechts auf.

Die Gewohnheit, d. i. die Gewöhnung, auf eine bestimmte Weise zu handeln, hat man früher sehr allgemein als die eigentliche Quelle des ungeschriebenen Rechts angesehen, und noch jetzt wird diese Meinung von angesehenen Juristen, wie Mühlenbruch[23]) und Kierulff[24]), aufrecht erhalten. Wir dürfen indessen wohl annehmen, daß sie von Puchta hinlänglich widerlegt ist. Wenn nun aber dieser so weit ging, der Gewöhnung alle rechtbildende Kraft abzusprechen, so muß man auf der andern Seite wiederum Savigny[25]) darin beistimmen, daß die Gewohnheit sehr wohl in einzelnen Fällen ein Recht erzeugen kann. Wichtiger sind die Meinungen der Gelehrten. Sie haben von jeher auf die Rechtsüberzeugung großen Einfluß gehabt, und namentlich in Deutschland haben sie einem beträchtlichen Theile des Rechts eine ganz veränderte Gestalt gegeben. Sie haben deutsche Rechtsinstitute abgeschafft, andere umgestaltet, wieder andere eingeführt. Indem sie dem römischen Rechte in Deutschland seine Anerkennung verschafften, haben sie Irrthümer zu Rechtssätzen erhoben, und wir sind dadurch in die

---

23) Lehrb. des Pandecten-Rechts §. 38.

24) Civilrecht Bd. 1. S. 9 f.

25) System §. 12. Th. 1 S. 35.

schwierige Lage gerathen, daß es in vielen Fällen nicht leicht ist, auszumitteln, ob ein Satz des deutschen Rechts nur in der Meinung der Juristen, oder auch in dem Leben des Volkes durch römische Ansichten verdrängt ist.

Der Theil des Rechts, welcher auf diesem Wege sich gebildet hat, ist es, den Beseler das Juristenrecht nennt, und man kann ihm beistimmen, so lange er von der Entstehungsquelle des Rechts, nicht auch von den Mitteln seiner Erkenntniß redet. Doch war es unnöthig, dieses Juristenrecht von dem Volksrechte zu trennen, denn die Thätigkeit der Juristen ist in diesem Falle eben so, wie die rechtbildende Gewohnheit, nur eine von den mancherlei Veranlassungen und Umständen, welche auf die Entwickelung des Rechtslebens, auf die Gestaltung der Volksansichten einzuwirken pflegen.

Zwei Irrthümer scheinen auf die Trennung des Juristenrechts von dem Volksrechte Einfluß gehabt zu haben. Der eine betrifft das Verhältniß des Volksrechts zum Gesetze, der andre den Begriff des Volks.

Was zuerst das Verhältniß des Volksrechts zum Gesetze betrifft, so ist allerdings das gesetzliche Recht dem zwiefachen Tadel unterworfen, daß es nicht immer das wahre Bedürfniß, die wahre Ueberzeugung des Volks treffe, und daß es leicht die Entwickelung einer bessern, vollkommnern Ueberzeugung aufhalte und hemme. Man ist nun gern geneigt, im Gegensatze gegen diese Fehler des gesetzlichen Rechts dem Volksrechte eine gewisse ideale Vollkommenheit zuzuschreiben, und wenn man dennoch die Beobachtung machte, daß es ungeschriebene oder wenigstens nicht durch Gesetze begründete Rechtssätze gibt, die jene Gebrechen des gesetzlichen Rechts in vollem Maße theilten, so lag der Gedanke nicht fern, daß hier neben der Volksüberzeugung und dem Gesetze noch eine dritte Quelle wirksam gewesen sein müsse. Allein das Volksrecht hat keinen Anspruch auf den Vorzug der Vollkommenheit.

Es gibt auch auf dem Rechtsgebiete Vorurtheile des Volks, die sich dergestalt in der äußern Uebung befestigen, daß sie lange Zeit mit der bessern Ueberzeugung um den Sieg ringen. Die Pandekten sprechen von solchen Rechtsgrundsätzen, welche nicht aus vernünftigen Gründen, sondern durch Irrthum aufgekommen, dann aber durch Gewohnheit befestigt seien[26]). Sie verbieten mit Recht, die-

26) L. 39. D. de legibus 1, 3.

selben weiter auszudehnen, als so weit man nicht umhin könne, ihr Bestehen anzuerkennen. Das Mittelalter ist nicht arm an solchen Beispielen, und sie stammen nicht erst aus der unverständigen Anwendung, welche die Juristen von dem römischen Rechte gemacht haben. Die Gottesurtheile waren ein solches Vorurtheil, welches noch lange als Rechtssatz bestand, als schon viele ihre Unvernünftigkeit einsahen. Schon im 9. Jahrhundert fand Bischof Hincmar von Rheims für nöthig, sie zu vertheidigen, und sie haben sich das ganze Mittelalter hindurch erhalten. In der Sklaverei ist sogar das Gebot der höhern Sittlichkeit verletzt, und dennoch ist sie von jeher so verbreitet gewesen, und wird es ohne Zweifel noch lange bleiben. In der Zeit, da die ältern und neuern Ansichten mit einander im Kampfe lagen, schritten nicht selten die Gewalten gegen solche Vorurtheile ein. Herzog Wratislaw von Pommern versprach den Ständen der Insel Rügen im J. 1325, er wolle die bösen Gewohnheiten, die seit langer Zeit in diesem Lande entstanden seien, bessern und gänzlich abthun [27]). Auch die peinliche Gerichtsordnung Karls V. schaffte Mißbräuche und böse Gewohnheiten, so an etlichen Orten gehalten wurden, ab [28]). Besonders hielten sich die Päbste befugt, gegen manche Sitte als böse Gewohnheit aufzutreten, und sie mogten dazu in dem vorhin angeführten Ausspruche des römischen Rechts, den man als ein allgemeines Verbot unvernünftiger Gewohnheiten interpretirte, ihre Berechtigung finden. So erklärte Innocenz III. 1198 eine in Poitou bestehende Gewohnheit, nach welcher die germanische Sitte, bei dem Umstande des Urtheils zu erfragen, auch in den geistlichen Gerichten eingedrungen war, für unverbindlich, weil sie weniger vernünftig und gegen die kirchlichen Einrichtungen sei. Honorius III. verwarf um 1223 zwei Gewohnheiten, welche er mißbräuchlich nennt, die aber in dem Institute der ehelichen Gütergemeinschaft ihre Erklärung fanden [29]). Gregor IX. schaffte 1240 auf Rügen ein slavisches Recht, das Podda hieß, als böse Gewohnheit (prava consuetudo) ab, weil es gegen das kirchliche Verbot des Zinsenehmens anstieß und zur Schuldknechtschaft

---

27) Schöttgen et Kreissig, Scriptt. Rer. Germ. 3, 32.

28) Art. 218.

29) C. 3. 10. X. de consuetudine 1, 4.

führte [30]). Oft mogten solche böse Gewohnheiten allerdings wahre Mißbräuche sein, wie z. B. die noch räthselhafte Vare, Juricapium, welche die Parteien der Gefahr aussetzte, wegen unbedeutender Verstöße schwere Nachtheile zu erleiden oder gar ihr gutes Recht zu verlieren, und welche daher im 13. Jahrhundert an so vielen Orten abgeschafft wurde. Aber von jeder Gewohnheit, die mancher Richter hätte für böse und unvernünftig erkennen müssen, konnte man das gewiß nicht sagen. Freilich, wenn eine Gewohnheit allgemein als böse und unvernünftig erkannt ist, dann hört sie auf, Recht zu sein, denn dann ist sie nicht mehr Ueberzeugung des Volks. Darum sprach und spricht man, in Deutschland vorzugsweise von guter Gewohnheit. Wo gute Gewohnheit ist, sagt der Schwabenspiegel [31]), die ist gut und recht, denn die da recht ist, die ist auch gut, und das ist gute und rechte Gewohnheit, die wider geistliches Recht nicht ist, und die wider menschliche Zucht nicht ist, noch wider der Seele Ehre und Seligkeit; diese Gewohnheit heißt stete und rechte Gewohnheit, und des Landes gute Gewohnheit; die ist so gut, als geschrieben Recht.

Der andere Irrthum ist der, daß das Volksrecht in allen Theilen des Volks gleich lebendig sein müsse. Es gibt Rechtsregeln, die sich auf die Handlungsweise gewisser Klassen des Volkes beziehen. Solche Rechtsregeln wird man auch nur im Bewußtsein dieser Klassen, und solcher Männer, die viel mit ihnen in Berührung kommen, zu suchen haben. Das Bauernrecht findet man nicht bei dem Städter, das Handelsrecht nicht bei dem Bauern, das Seerecht nicht im Gebirge, und das Bergrecht nicht am Meere. Und dennoch ist dieß alles Volksrecht, so weit es nicht auf Gesetzen beruht.

Diese besondern Rechte kann man Standesrechte nennen, sofern man den Ausdruck „Stand" nicht auf die politischen Stände beschränkt. Auch jeder Berufsstand, wie zum Beispiel der Stand der Kaufleute, der Handwerker, kann solche besondere Rechte haben, die sich an seine eigenthümliche Beschäftigung knüpfen, und daher nur bei ihm gefunden werden.

Auch der Stand der Juristen hat solche Rechte, die sich auf seine Beschäftigung beziehen. Dahin gehört die Organisation des

30) Kosegarten, Pommersche u. Rügische Geschichtsdenkmäler 1, 272.
31) Art. 44. (Laßb.)

Advokatenstandes, ferner das Formelle des gerichtlichen Verfahrens, das, was man gewöhnlich als Observanz oder Stylus Curiae bezeichnet. So weit diese Verhältnisse und Formen nicht auf Gesetzen beruhen, sind sie durch die Thätigkeit der Richter und Anwälte geschaffen, und bestehen in der Ueberzeugung dieses Standes. Man könnte sie daher als ein Juristenrecht bezeichnen. Doch ist dieß weder gebräuchlich noch nöthig, denn dieses Recht des Juristenstandes ist ebenfalls nur ein Theil des Volksrechts, wie das namentlich da am deutlichsten hervortritt, wo die Rechtspflege öffentlich und von Männern aus dem Volke, ohne besondere Kenntnisse, verwaltet wird, und wo noch keine wissenschaftliche Bildung sich des Rechts bemächtigt hat.

Abgesehen von diesem Standesrechte der Juristen wird man aber auch einen großen Theil des Rechts nur bei ihnen in lebendigem Bewußtsein finden. Wer sich unmittelbar an die Gesammtmasse des Volkes wenden wollte, würde zweifelhaft werden, ob dasselbe über viele einzelne Fragen irgend eine Ansicht, irgend eine Ueberzeugung habe, während eben die Juristen in diesen Einzelheiten zu Hause sind. Hier hat man wohl gesagt: die Juristen vertreten das Volk, sie sind die natürlichen Träger des Rechts. Aber wer gibt ihnen die Befugniß, ihre Ueberzeugung für die Ueberzeugung des Volks hinzustellen? Sie sind Träger des Rechts, in sofern sie vorzugsweise eine Ansicht von demselben gewinnen müssen, aber sie sind deßhalb keine Schöpfer des Rechts. Ihre Meinungen müssen immer auf eine andere Quelle zurückgehen, mag diese nun eine geschriebene oder ungeschriebene, mag sie wissenschaftliche Abstraction oder Beobachtung und Erfahrung sein. Wir haben gesehen, die Meinungen der Gelehrten können auf die Volksüberzeugung Einfluß haben; aber nur, in sofern sie die letztere gebildet haben, können sie Entstehungsquelle eines Rechtssatzes sein. Im übrigen können und dürfen sie nur fremdes überliefern. Aber freilich ist dieß Fremde oft so sehr ihrer Verarbeitung bedürftig, daß sich nicht leicht ein Laie daran wagen wird, aus der eigentlichen Quelle zu schöpfen. Sie haben alte Urkunden dem Staube und Moder der Archive zu entziehen und ihren Inhalt zu entziffern und eben so haben sie das Buch der Geschichte zu entsiegeln, um die verdunkelten Volksüberzeugungen in ihren Wurzeln aufzusuchen und in ihrem Wachsthum und ihrer Verzweigung mit andern Rechtsansichten zu verfolgen. Auf diesem Wege

wissenschaftlichen Verfahrens kann es ihnen sogar gelingen, verdunkelte Rechtsinstitute von neuem zu beleben und vom nahen Untergange zu erretten, und sie dürfen nicht fürchten, den Geist ihrer Zeit zu beleidigen, so lange sie nicht zu beschränkten Alterthümlern werden, die das Abgestorbene mitten in das frische Grün des Lebens tragen.

§. 5. Das Recht der Satzungen.

Die dritte und letzte Entstehungsquelle des Rechts ist der ausdrückliche Ausspruch derjenigen Organe, welchen durch die Verfassung des Staats die Befugniß gegeben ist, den Willen des Staats oder eines kleinern Kreises im Staate kund zu thun. Dieser Ausspruch ist: das Gesetz, oder vielleicht besser: die Satzung. Denn ich verstehe darunter nicht bloß das eigentliche Gesetz, welches unmittelbar von dem Oberhaupte des Staates, von der gesetzgebenden Gewalt ausgeht, sondern alles, was von einem solchen Organe ausgesprochen wird, welches berufen ist, Recht zu setzen. Es gehören also dahin in theokratischen Staaten die heiligen Bücher, in den christlichen Staaten die päbstlichen Decrete, die Beschlüsse der Concilien und Synoden u. s. w., in den modernen germanischen Staaten die Statute der Gemeinden. Auch die Ausschreiben der Behörden, die Edicte der römischen Magistrate, die gemeinen Bescheide der deutschen Obergerichte gehören hierher, obgleich durch sie nur ein vorläufiges Recht auf bestimmte oder unbestimmte Zeit gesetzt wird. Endlich muß zu diesen Satzungen auch alles das gezählt werden, was man gemeiniglich unter dem Namen Autonomie begreift. So wie dieselbe gewöhnlich als eine Aeußerung privatrechtlicher Thätigkeit aufgefaßt wird, müßte man consequenter Weise jeden Vertrag, jedes Testament, kurz jedes Rechtsgeschäft als Autonomie anerkennen und unter die Rechtsquellen aufnehmen. Freilich stellt ein Rechtsgeschäft eine Rechtsregel für mehrere Personen auf, aber keinen Rechtsgrundsatz, der im Bewußtsein des Volkes ist, der das Volk oder nur eine Klasse desselben verpflichtet. Das Rechtsgeschäft verpflichtet, weil man sich ihm unterworfen hat; das Recht fragt nicht, ob man sich ihm unterwerfen will. Das Rechtsgeschäft kann zwar über so viele Personen ausgedehnt, es kann nach seinem Inhalte so im Volke bekannt sein, daß es dadurch fast dem Gesetze ähnlich wird, aber Gesetz wird es darum nicht, denn es bindet nie-

mand wider seinen Willen. Die Statuten der größten Handelsgesellschaft sind eben nur Vertrag, selbst wenn sie vom Staate genehmigt werden. Die Bedingungen des größten Assecuranzgeschäfts sind nur Offerte, selbst wenn der Staat nur dieses einzige Assecuranz-Unternehmen gestattete. Man sollte daher diese Dinge nicht Autonomie nennen. Das deutsche Herkommen hat aber manchen Corporationen die Befugniß beigelegt, für gewisse Kreise wahres Recht zu schaffen. Dahin gehören die Familien des hohen Adels, die ritterschaftlichen Corporationen, die landständischen Corporationen, die Stadt- und Landgemeinden, die Lehenscurien, die Universitäten, die Zünfte u. s. w. Diese Autonomie ist bekanntlich im Mittelalter, wo die Staaten in eine Menge von kleinern Kreisen mit großer Selbständigkeit zerspalten waren, sehr wirksam gewesen. Mit der modernen Staatseinheit verträgt sie sich aber wenig. Die Thätigkeit derselben ist daher heutiges Tages sehr eingeschränkt, und meistentheils nur noch unter der Voraussetzung gestattet, daß die autonomischen Schöpfungen durch ausdrückliche Anerkennung des Staatsoberhauptes zu wahren Gesetzen erhoben werden. Die ältern durch Autonomie entstandenen Rechtsnormen bestehen aber deßungeachtet in ihrer einmal erworbenen Kraft und Gültigkeit fort. Die Autonomie ist demnach auch noch heutiges Tages eine wahre und sehr umfangsreiche Rechtsquelle, aber das autonomische Recht ist nur eine Gattung des gesetzlichen oder Satzungs-Rechts.

Ein solches autonomisches Recht kann auch von den Juristen geschaffen werden, wenn sie vom Staate förmlich autorisirt sind, Aussprüche zu thun, welche als Recht gelten sollen. So geschah es in Rom, wo in der frühern Kaiserzeit gewissen Juristen die Befugniß ertheilt wurde, Recht zu setzen, Jura condere, so daß die übereinstimmenden Aussprüche der autorisirten Juristen von den Richtern befolgt werden mußten — wo ferner im J. 426 das sog. Citirgesetz Valentinians III. die Schriften der fünf berühmtesten Juristen wahrhaft zu Gesetzen machte. Im 15. Jahrhundert sollen die Schriften des Bartolus in Portugall zum Gesetze erhoben sein [33]), und dasselbe ist in Griechenland 1835 mit dem Handbuche des Harmenopulos geschehen [34]). Auch in Deutschland kommt eine Auto-

---

33) J. Ba. de Gazalupis, de modo studendi in jure. Docum. 10.

34) Burchardi, Staats- und Rechtsgeschichte der Römer §. 154. S. 344. Note 22.

nomie dieser Art vor, wovon noch am Schlusse dieses Aufsatzes die Rede sein wird.

Auch ohne diese Autorisation werden immer die Juristen einen bedeutenden Einfluß auf die Gesetze üben, indem sie selbst bei der Bearbeitung derselben zu Rathe gezogen werden, oder indem die Verfasser der Gesetze den in den juristischen Schriften ausgesprochenen Ansichten folgen. Aber niemand wird in solchen Fällen die Meinungen der Juristen für die eigentliche Quelle des durch die Gesetze begründeten Rechts angesehen wissen wollen.

Uebrigens bedarf es kaum der Erinnerung, daß alle diese verschiedenen Arten von Satzungen keineswegs immer neues Recht schaffen, sondern sehr häufig nur das, was bereits in dem Volksrechte enthalten war, aufzeichnen, sichten, bessern oder näher bestimmen. In diesem Falle sind dann freilich die Satzungen nicht die Entstehungsquelle des Rechts.

Dagegen muß hier hervorgehoben werden, daß nicht alle Satzungen aufgeschrieben zu sein brauchen, und daß nicht alles aufgeschriebene Recht Satzungsrecht ist. Zweifelhaft kann man namentlich darüber sein, ob das Justinianische Recht in Deutschland als Satzungsrecht betrachtet werden muß, oder nicht. Bekanntlich verdankt dasselbe seine Einführung in Deutschland zum Theil dem Umstande, daß man im Mittelalter irriger Weise die alten römischen Kaiser als die Vorgänger der deutschen Kaiser am Reiche betrachtete. Später haben Reichs- und Landesgesetze sich zum öftern so ausgedrückt, daß man sieht, ihre Verfasser haben das römische Recht als das Recht des heiligen römischen Reichs deutscher Nation betrachtet. Allein man kann nicht sagen, daß jemals die römischen Rechtssammlungen durch die Staatsgewalt zu deutschen Gesetzbüchern erhoben seien. Das römische Recht ist daher in Deutschland nicht Gesetz, sondern es ist ein beträchtlicher Theil desselben zu deutschem Volksrechte geworden. Welcher Theil das sei, und wie man die Gränze zwischen dem anwendbaren und nicht anwendbaren Theile der Justinianischen Sammlungen zu bestimmen habe, das ist eine Frage, welche die deutsche Rechtswissenschaft zu lösen hat. Irrthümer und verkehrte Anwendungen, welche sich durch Jahrhunderte hin gezogen haben, machen ihre Beantwortung zu einer äußerst schwierigen, zumal da der Umfang der Anwendbarkeit des römischen Rechts in verschiedenen Theilen Deutschlands ein sehr ungleicher ist.

Jedenfalls ist bei dieser Frage nicht mehr von einer Entstehungsquelle, sondern von den Erkenntnißquellen des deutschen Rechts die Rede. Einem andern Orte mag der Versuch aufbehalten sein, dieselbe ihrer Lösung näher zu bringen.

§. 6. **Die Erkenntnißquellen des Rechts. Die Erfahrung.**

So wie das Recht nach seinen Erkenntnißquellen ein dreifaches ist: natürliches Recht, Volksrecht und Satzungsrecht, so gibt es auch drei Erkenntnißquellen desselben. Doch ist zwischen beiden Arten von Quellen kein bestimmtes Verhältniß. Nicht etwa, daß einer jeden Entstehungsquelle ein bestimmtes Erkenntnißmittel entspräche, vielmehr kann bei jeder der drei genannten Arten des Rechts nach Umständen eine jede der drei Erkenntnißquellen angewandt werden. Diese drei Erkenntnißquellen sind: eigene Erfahrung, Zeugniß und bewußte Beobachtung.

Die eigene Erfahrung, die sich im Leben von selbst ergibt, ohne daß man ihr eine besondere Beobachtung zuwendet, ist eine Erkenntnißquelle des Rechts für alle Glieder des Volks, obwohl nicht für alle auf gleiche Weise. Es gibt Rechtsgrundsätze, die so allgemein und so häufig zur Anwendung kommen, daß sich niemand ihrer Kenntniß entziehen kann. Ein jeder erfährt sie so gewiß, als er die gemeinste Lebenserfahrung macht, ohne daß irgend jemand seine Aufmerksamkeit darauf lenkte, wie ihm dieß Wissen kommt. Man verlangt daher mit vollem Rechte von jedem, den sie angehen, daß er sie kenne, ohne deßhalb ein besonderes Studium von ihm zu erwarten. Sie nicht zu kennen, setzt vielmehr eine besondere Unerfahrenheit oder Geistesschwäche voraus.

Diese Art von Rechtsgrundsätzen finden sich auf jedem Theile des Rechtsgebiets. Im Privatrechte sind es die notorischen Gewohnheiten, welche schon im 14. Jahrhundert der französische Jurist Boutillier [35]) schildert als coustume, laquelle est si notoire et si manifeste, qu' il ne la faut avoir en doute aucune, comme plusieurs choses sont si notoirement usées et gardées en aucun pays, que elles sont cogneues et notoires à tous. Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts bilden sich diese allgemeinen Volksüberzeugungen unter dem Einflusse politischer Ereignisse bisweilen so plötzlich, daß

35) Somme rurale livre 1. tit. 2.

es unmöglich ist, ihre Anerkennnng von sich zu weisen, obgleich noch vor kurzem das Gegentheil eben so feste Ueberzeugung Aller gewesen ist. Auf diese Weise werden vollendete Thatsachen, faits accomplis, zum Rechte, wie unrechtmäßig, wie revolutionär ihre Entstehung auch sein mogte.

Nicht jeder macht solche Erfahrungen auf gleiche Weise, denn viele von diesen allbekannten Rechtssätzen gehören bestimmten politischen oder Berufs-Ständen an. Die Rechtsregeln, welche nur in einzelnen Klassen des Volks ihre Entstehung haben, werden auch nur von den Mitgliedern dieser Klassen, oder von denen, welche mit denselben in vielfache Berührung kommen, erfahren. Ausserdem macht derjenige, dessen Beruf es mit sich bringt, daß er sich vorzugsweise in Rechtsgeschäften bewegt, solche Erfahrungen in weit größerer Menge und über eine weit größere Zahl von Rechtsverhältnissen. Auch ist es nicht gleichgiltig, ob jemand mehr oder weniger Aufmerksamkeit den Gegenständen dieser Erfahrung zuwendet, und ob er seinen Blick mehr oder weniger für dieselben geschärft hat. Dem Richter also, dem Advocaten, deren Aufgabe es ist, die rechtlichen Verhältnisse zu beobachten, die sich ihres Berufs halber beständig mit dem Rechtsleben des Volkes beschäftigen, wird man im Allgemeinen eine größere Erfahrung in diesen Dingen zutrauen dürfen, als solchen, deren Gedanken sich gewöhnlich in ganz andern Regionen bewegen.

So weit nun diese Erfahrung reicht, bedarf es weiter keiner Erkenntnißquelle. Allein es ist einleuchtend, daß, je weiter der Rechtszustand sich entwickelt, desto mehr sich Gegenstände auf dem Rechtsboden häufen müssen, welche nicht von der allgemeinen Erfahrung berührt werden. Schon die zunehmende Trennung der Beschäftigungen bewirkt, daß viele Erfahrungen, die bisher allgemein waren, nur noch von gewissen Klassen oder Ständen gemacht werden. Indem ferner der Einzelne mehr mit den eigenen Angelegenheiten zu thun hat, und weniger von den Angelegenheiten Anderer Kenntniß nimmt, macht ein Jeder die Erfahrungen überhaupt seltener. Aber auch die Verhältnisse selbst werden verwickelter, und dadurch das Material des Rechts reicher, und die Folge davon ist, daß die Erfahrung des Einzelnen weit weniger dieses Material erschöpfen kann. Dieß ist der Zustand, da das Recht zu einer Wissenschaft für einen besonders gebildeten Stand der Juristen wird,

und es erklärt sich daher, daß der Rechtsgelehrte sehr vielen Rechtsfragen gegenüber außerhalb des Bereichs der eigenen Erfahrung steht, daß er ihnen mehr entfremdet ist, als mancher nicht rechtskundige Mann des Volkes. Die Rechtswissenschaft bedarf daher noch anderer Erkenntnißquellen des Rechts. Das nächste ist, daß sie sich an das Zeugniß derer wendet, welchen im einzelnen Falle eine größere Kenntniß zuzutrauen ist.

§. 7. Das Zeugniß.

Die Zeugnisse über ein bestehendes Recht können sowohl durch Rede, als durch Schrift mitgetheilt werden. Das untrüglichste Zeugniß gibt das Gesetz, welches häufig zugleich Entstehungsquelle des Rechts ist. Wo dieses Auskunft gibt, da bedarf es keines andern Erkenntnißmittels, es sei denn, daß das gesetzliche Recht antiquirt und durch ein Volksrecht ersetzt sei. Wo aber das Gesetz schweigt, wo es auf die Erforschung des Volksrechts ankommt, da wird man sich nach andern Zeugnissen umsehen müssen, und diese kann man nur bei solchen suchen, welche an der allgemeinen Rechtsüberzeugung ihrer Lage und Beschäftigung nach Theil haben können und müssen, also namentlich bei den erfahrensten Männern des Standes und Bezirks, für welche das Recht, das man kennen lernen will, gelten soll, oder bei solchen, deren Beschäftigung sie vorzugsweise zur Erkundigung des Rechtes anweist.

Das Einholen von Zeugnissen über das Recht gewisser Stände ist von Nutzen, sobald das besondere Recht eines Standes in Frage kommt, welchem die Richter nicht selbst angehören. Es ist vorzugsweise in Streitigkeiten der Kaufleute üblich geworden, dieses Zeugniß in der Form sogenannter Handels- und Wechsel-Parere's zu fordern. Ein Reichsschluß von 1671 verordnete, daß „auch von den Obrigkeiten und Unterrichtern in Gewerb-, Meß- und Handelssachen, ehe und bevor die Apellations- und Mandatsprocesse erkannt werden, wie nicht weniger vor Eröffnung der Urtel verständiger Kaufleute Gutachten circa Factum mercantile vernommen, und nachgehends der höchsten Tribunalien Arbitrio anheim gegeben werden sollen." Unnöthig sind freilich solche Gutachten, wo, wie z. B. in den Handelsgerichten, Männer aus dem besondern Stande, dessen Recht in Frage kommt, unter den Richtern sitzen.

Zur Erforschung von Lokalrechten ist das Befragen einzelner erfahrener Männer besonders seit der Zeit üblich geworden, da die Gerichte nicht mehr öffentlich waren, nicht mehr mit Schöffen besetzt wurden, und die Richter ihre Bildung mehr durch Gelehrsamkeit, als durch das Leben erhielten. In Frankreich hatte man in älterer Zeit ein ganz eigenes Verfahren für die Erhebung solcher Zeugnisse. Man berief die Erfahrensten der Gegend, und ließ ihrer je 10 oder 12 einen Ausspruch thun. Solche 10 oder 12 Männer bildeten eine Turba, Turbe und das Verhör nannte man eine Inquesta per Turbam, Enquête par Turbe, Preuve Tourbière. Die Aussage einer Turbe hielt man jedoch dann erst für recht sicher und unumstößlich, wenn sie durch eine zweite Turbe oder auch durch ein Erkenntniß des Gerichts, zumal des Obergerichts, bestätigt war. Ludwig XIV. hat jedoch dieses Verfahren durch eine Ordonnance von 1667 abgeschafft. In Deutschland dagegen pflegte man die Zeugen über ein Lokalrecht eben so, wie andere Zeugen zu vernehmen, und man verband dieß Verfahren gewöhnlich mit einem andern Erkenntnißmittel des Rechts, von welchem im nächsten §. die Rede sein wird.

Die Zeugen, welche ihre Beschäftigung vorzugsweise zur Erkundigung des Rechts anweist, sind die Gerichte und die juristischen Schriftsteller.

Das Befragen der Gerichte war im Mittelalter, so lange die Schöffenverfassung bestand, sehr gewöhnlich. Diese ertheilten Rechtsbelehrungen oder Rechtsweisungen, Weisthümer, wie man sie nannte, bald ihren eigenen Gerichtseingesessenen, bald ihrem Herrn oder Vorstande, bald auch Fremden, und es war bekanntlich bei vielen Gerichten üblich, sich in allen zweifelhaften Fällen bei gewissen angesehenen Gerichtshöfen Raths zu erholen. Später wandte man sich lieber an Rechtsgelehrte, namentlich an die Juristenfakultäten der deutschen Universitäten, zumal seitdem die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.[36]) die Richter angewiesen hatte, „wo ihnen Zweifel zufielen, bei den nächsten hohen Schulen, Städten, Communen oder andern Rechtsverständigen, da sie den Unterricht mit den wenigsten Kosten zu erlangen vermeinen, Rath zu suchen.“ Indeß ist die Aktenverschickung an Universitäten weniger geeignet und gebraucht, Lokalrechte zu erkunden, als überhaupt Urtheile zu erlangen, von de-

36) Art. 219.

nen man eine größere Rechtskenntniß, Gründlichkeit und Unparteilichkeit erwartet, als von denen der Gerichte. Die Gerichte kommen heutiges Tages nur selten noch in die Lage, Zeugnisse über bestehende Lokalrechte zu ertheilen. Am meisten scheint es noch in den sächsischen Ländern üblich zu sein, daß den Parteien ein solches Zeugniß zum Gebrauche auswärtiger Spruchbehörden in Randbemerkungen zu den Akten gegeben wird.

Auf das Zeugniß der Schriftsteller hat man stets großen, oft übertriebenen Werth gelegt, ja man hat zu manchen Zeiten sie zu wahren Organen erhoben, durch welche die Rechtsansicht des Volks sich kund geben könne, indem man bald die Auctoritas Prudentium, die communis Doctorum Opinio als Rechtsquelle betrachtete, bald einzelne besonders ausgezeichnete oder bequeme Schriften gleichsam als juristische Orakel behandelte. Es ist schon vorhin erwähnt, wie bei den Römern die Aussprüche und Schriften einiger Juristen förmlich gesetzliche Autorität erhielten. Im Mittelalter bekamen einzelne Schriften — wie der Sachsen- und Schwabenspiegel und ähnliche Rechtsbücher in andern Ländern — eine ähnliche Autorität dadurch, daß sie als die einzigen oder wenigstens brauchbarsten Schriften dieser Art sehr verbreitet wurden. Einige Rechtsbücher, wie der Sachsenspiegel in den sächsischen Ländern und Polen, der Kastilianische Libro del Estilo, erhielten durch diesen Gebrauch wahrhaft gesetzähnliches Ansehen, das durch spätere Gesetze wirklich zum Gesetzlichen erhoben wurde. Im 15. Jahrhundert hielt man sich in ganz Europa, so weit man römisches Recht gebrauchte, ebenfalls an einzelne Autoritäten, namentlich Baldus und Bartolus im Privatrecht, Johannes Andreä im Kirchenrecht, Durantis im Proceß.

In neuerer Zeit hat man gleichfalls viel Gewicht auf die Meinungen der Schriftsteller gelegt, doch hat man nicht mehr so ausschließlich sich an bestimmte Männer gehalten. Wenn gewisse Schriftsteller ein überwiegendes Ansehen bekamen, so lag der Grund davon in ihrer wirklich größeren Tüchtigkeit, oder in ihrer Stellung, welche ihnen eine vorzügliche Gelegenheit gab, Erfahrungen zu sammeln. Man hat aber häufig eine zwiefache Benutzung der Schriftsteller verwechselt und vermischt. Der praktische und in wissenschaftlicher Behandlung weniger geübte Jurist verläßt sich nämlich gern auf die Resultate, welche gewiegte Männer der Wissenschaft nach bedächtiger Prüfung gefunden haben, und er kann dieß mit vollem

Grunde zumal dann, wenn die Meinung eines solchen Mannes gewissermaßen allgemein anerkannt und angenommen ist, indem sie keinen erheblichen Widerspruch erfahren, und in den compendiarischen Darstellungen Anderer Aufnahme gefunden hat. Er ist da vollkommen in seinem Rechte, ja es könnte als Anmaßung erscheinen, wollte er, der weder Uebung noch Zeit zu tief gehenden gelehrten Untersuchungen hat, sich eine neue Prüfung der Fragen erlauben, die schon durch die sorgfältigste Erörterung erschöpfend gelöst sind. Daher der Werth, den man den Meinungen der Gelehrten beilegt. Freilich darf dieses Benutzen der Schriftsteller nicht gedankenlos geübt werden, um blos der Bequemlichkeit zu dienen. Leider geschieht dieß nur zu häufig. Selbst bei Mitgliedern der Obergerichte, denen man noch etwas Gelehrsamkeit zuzutrauen pflegt, findet man zuweilen nicht mehr von juristischer Literatur, als was sie von der Universität mitgebracht haben. Thibaut's Pandekten sind für Manche noch das Sibyllinische Buch, aus dem sie ihre Weisheit schöpfen, und findet man ja einmal ihre Quelle in einem Urtheile citirt, so läßt eine Vergleichung der Ausgabe wohl gar die Zeit errathen, in welcher ungefähr der Referent seine Studien begonnen hat. Solche Mißbräuche haben auch wieder Ansichten hervorgerufen, welche der Benutzung der Schriftsteller ungünstig waren, und die Gesetze haben sich mehrfach, besonders im vorigen Jahrhundert, in diesem Sinne ausgesprochen. Ein Hannover'sches Justizreglement von 1718 unter anderem sagt: „nachdem die Erfahrung ergiebet, daß man in einigen Judiciis oftermahls mehr auf Opiniones Doctorum, als auf Textus Juris, Leges oder deren Rationes und Argumenta siehet, wodurch viele irrige Principia in die Gerichte einschleichen, und als Praejudicia und ordentliche Rechtsregeln eingeführet werden; so soll dieses in allen Gerichten hiesiger Lande abgestellet und solche in judicando sich überall an die Opiniones Doctorum nicht kehren; es haben dann solche entweder klare Leges und Constitutiones, oder auch solche triftige Rationes, die sie mit klaren aus denen Rechten und Legibus genommenen Argumentis behaupten, vor sich allegiret."

Diese Behandlung der Sache ist einseitig. Die Schriftsteller sind häufig Zeugen einer herrschenden Rechtsüberzeugung, und in diesem Falle wäre es verkehrt, zu verlangen, der Doctor solle für seine Opinio Leges oder Rationes angeführt haben. Er spricht eben

nur seine Erfahrung aus. Aber es ist die Sache einer sorgfältigen wissenschaftlichen Behandlung, genau zu sondern, wo der Schriftsteller ein solches Zeugniß ablegt, und wo er nur das Resultat seiner wissenschaftlichen Untersuchung ausspricht. Nur im erstern Falle ist die Opinio Doctorum eine Erkenntnißquelle des Rechts, im letztern Autorität. Welches Gewicht nun aber im erstern Falle das Zeugniß eines Schriftstellers hat, das hängt sehr von den Umständen ab. Vor Allem kommt es darauf an, daß seine Behauptung eine selbständige sei, nicht blos die Wiederholung einer fremden Aussage. Nur die erstere kann Werth haben; aber freilich erhöht ein Schriftsteller den Werth seiner Aussage sehr, wenn er nachweisen kann, daß die Erfahrungen Anderer mit den seinigen übereinkommen. Es wird also nach den Umständen zu beurtheilen sein, ob ein Citat die Kraft des Zeugnisses erhöht, indem es die Uebereinstimmung der Erfahrungen beweist, oder ob es dem Ausspruche des Schriftstellers allen eigenen Werth nimmt, indem es nur die Quelle angibt, aus welcher derselbe geschöpft hat. Ferner wird die Uebereinstimmung vieler Zeugnisse immer von der größten Wichtigkeit sein, und bei Widersprüchen und Meinungsverschiedenheiten wird man fragen müssen, welche Schriftsteller die meiste Gelegenheit zu beobachten durch ihre Stellung in Obergerichten oder auch durch eine sehr ausgedehnte Thätigkeit in Spruchcollegien hatten. Thöricht wäre es, hier zu fragen, wie viele Schriftsteller denn zu einem vollgültigen Zeugnisse gehören, oder welche Schriftsteller als solche, deren Aussprüche man befolgen müsse, gelten dürfen. Zeugniß zu geben, ist jeder befähigt, dem man hinreichende Einsicht und guten Willen zutrauen kann. Diese beiden nothwendigen Eigenschaften können aber in sehr ungleichem Maaße vorhanden sein, und nur im einzelnen Falle kann man nach diesem Maaße den Werth des Zeugnisses ermessen. Ist Einsicht und guter Wille stark genug, so kann hier, wo keine Proceßregel entscheidet, unter Umständen schon Eine Stimme genügen. Niemand hat jemals gezweifelt, ein lokales Gewohnheitsrecht anzuerkennen, wenn ein bewährter und in den Rechten des Orts besonders erfahrener Schriftsteller es bezeugte.

§. 8. Die bewußte Beobachtung.

Das dritte und letzte Erkenntnißmittel des Rechts ist die bewußte Beobachtung. Auf den ersten Blick wird es scheinen, sie sei eins mit der eigenen Erfahrung, allein dieß ist nicht der Fall. Die

Erfahrung beruht allerdings ebenfalls auf der Beobachtung, aber auf einer unbewußten; es liegt in ihrer Natur, daß sie sich der einzelnen beobachteten Erscheinungen gar nicht oder nur sehr zufällig erinnert. Hier aber ist die Rede von einer bewußten, absichtlichen Beobachtung einzelner zu diesem Zwecke gesammelter Erscheinungen. Die Erscheinungen, welche wir zum Zwecke der Beobachtungen zu sammeln haben, sind aber die Anwendungen des Rechts, aus denen wir rückwärts auf das Bestehen der angewendeten Rechtsgrundsätze schließen können.

Diese Anwendungen sind zweierlei: theils die gewöhnlichen Handlungen der Menschen, theils die Entscheidungen von Streitigkeiten über das Recht. Um aus beiden mit einiger Sicherheit jenen Schluß ziehen zu können, müssen wir 1) eine ziemlich beträchtliche Zahl solcher Anwendungen zusammen bringen, und 2) muß die Beschaffenheit dieser Anwendungen dafür bürgen, daß ihnen wirklich die Vorstellung von dem Dasein eines bestimmten Rechtsatzes zu Grunde gelegen habe. Die Sammlung möglichst vieler Anwendungen ist deßhalb Pflicht, weil es erst durch die Uebereinstimmung derselben zu einem hohen Grade von Wahrscheinlichkeit gebracht wird, daß man nicht irrige oder auch absichtlich falsche Rechtsanwendungen vor sich habe. Wären aber die gesammelten Gegenstände der Beobachtung aus andern Motiven entsprungen, als aus der Absicht, einen Rechtsatz zu befolgen, so gäbe es gar keinen logischen Zusammenhang, welcher den Rückschluß auf das Dasein eines bestimmten Rechtsatzes rechtfertigte. In solchen Fällen fände das Sprichwort Anwendung: hundert Jahre Unrecht ist keine Stunde Recht.

Am augenscheinlichsten ist dieß bei den gewöhnlichen Handlungen der Menschen. Es müssen ihrer viele sein, die sich nicht anders erklären lassen, als durch die Annahme, daß die Handelnden eine bestimmte Rechtsregel haben befolgen wollen. Erst eine solche gleichmäßige Anwendung derselben Regel, die nicht durch eine Anwendung des entgegengesetzten Grundsatzes unterbrochen ist, begründet den Schluß, daß jene Regel allgemein anerkannt sei und mithin wirklich bestehe. Indem man sich an die äußere Erscheinung einer solchen Beweisführung hält, sagt man von dem durch dieselbe ermittelten Rechtsatze: er beruhe auf Gewohnheit, Herkommen, er sei ein Gewohnheitsrecht. Die Art des Sammelns kann in der Regel nur durch Zeugenvernehmungen geschehen, und daher kommt es, daß man diese Weise, einen Rechtsatz zu ermitteln, gewöhnlich mit

der oben angeführten Weise, Zeugniß über denselben ablegen zu lassen, verbindet, und daß man selbst in der Theorie beide Erkenntnißmittel gewöhnlich mit einander vermengt hat.

Die Entscheidungen der Gerichte bieten in der Regel schon in sich selbst eine Bürgschaft dar, daß sie Anwendungen gewisser Rechtssätze sein wollen. Indessen ist dieß nicht immer der Fall. Sie können z. B. auf Kabinetsbefehlen beruhen, sie können sich auch bloß über Controversen aussprechen. Das Erforderniß einer Mehrheit von Entscheidungen ist übrigens auch hier vorhanden, denn ein einzelner Ausspruch gewährt dennoch keine Sicherheit, daß nicht Irrthum, Leichtsinn, ja selbst böse Absicht einen falschen Rechtssatz zur Anwendung gebracht habe. Man nennt ein Recht, welches sich auf diese Erkenntnißquelle gründet, Gerichtsgebrauch, Auctoritas Rerum perpetuo similiter judicatarum. Uebrigens ist es einleuchtend, daß ein in den Urtheilen der Obergerichte ausgesprochener Gerichtsgebrauch sich gewöhnlich auf den ganzen Bezirk beziehen wird, welcher diesen Gerichten unterworfen ist, und sofern er diese Ausdehnung in Anspruch nimmt, muß er auch für die Untergerichte dieses Bezirks bindend sein.

Mit diesem Gerichtsgebrauche ist es ähnlich, wie mit der Opinio Doctorum. Man muß auch hier sorgfältig die Fälle unterscheiden, in welchen die Urtheile eines Gerichts als Erkenntnißquelle eines Rechtssatzes dienen, und die, in welchen sie nur eine Autonomie, ein Muster für künftige Entscheidungen darbieten, eine sogenannte Praxis begründen. Denn die Gerichte halten sich in solchen Fällen, da über gewisse Rechtsfragen verschiedene Meinungen bestehen, und unter den Schriftstellern keine bedeutende Autorität der einen Meinung das Uebergewicht gegeben hat, gern an die früheren Entscheidungen. Dieß Verfahren rechtfertigt sich aus denselben Gründen, wie die Autorität der Schriftsteller. Freilich ist es ebenfalls dem Mißbrauche ausgesetzt, und kann der Trägheit und Unwissenschaftlichkeit der Richter zum Deckmantel dienen. Aber in den gehörigen Gränzen gehalten ist es um so mehr zu empfehlen, als es noch den besondern Nutzen hat, daß es die Nachtheile ungleichartiger, wechselnder Urtheile abwendet. Selbst der Mißbrauch macht sich aus diesem Grunde weniger fühlbar, und die Gesetzgebung ist dieser Art von Praxis deßhalb stets sehr günstig gewesen. Schon die römischen Juristen empfahlen, sich in Fällen, wo die Auslegung der Gesetze zweifelhaft sei, an den Gebrauch der Gerichte zu halten, während sie im Allgemeinen den Richtern strenge einschärften, nicht

dem Beispiele schlechter Urtheile, sondern nur den Vorschriften des Rechts und der Gesetze zu folgen. Ein bekanntes Reichsgesetz von 1235 befahl dem kaiserlichen Hofrichter, alle wichtigen Urtheile zu sammeln, damit man nach denselben richten könne. Eine ähnliche Vorschrift enthielt das Rechtsbuch Ludwigs des Baiern, und Frankreich hat in den sogenannten Registres Olim eine solche Sammlung von Arrets und Euquêtes des Parlaments von Paris. Für das Reichskammergericht wurden ebenfalls Vorschriften gegeben, welche darauf abzielten, Gleichmäßigkeit der Urtheile zu bewirken, und aus denen die gemeine Bescheide hervorgegangen sind. Besonders hielt die Visitation des Reichskammergerichts von 1570 darauf, daß man gut Acht gebe, daß in gleichen Fällen gleiche Bescheide und Decreta ergehen. Der Reichsabschied dieses Jahrs befahl dem Kammerrichter, etliche Beisitzer zu verordnen, so diejenigen Opiniones, die bei den Rechtsgelehrten ganz streitig, etwan in Relationibus Causarum mit Approbation des ganzen Rathes angenommen werden, mit Fleiß colligiren, solches alles in ein sonder Protokollbuch schreiben zu lassen, und in die Mainzische Kanzlei zu überschicken, damit davon etwa Veranlassung zu einer aushelfenden Reichsgesetzgebung genommen werden könne; immittelst aber — fügte das Gesetz hinzu — sollten sich Kammerrichter und Beisitzer verglichenen Punkten in decidendo Causas gemäß verhalten. In den einzelnen deutschen Ländern hat man dieselben Tendenzen befolgt. Die gemeinen Bescheide sind auch bei den Territorial-Obergerichten, und selbst bei Mittelgerichten üblich geworden. Hie und da ist man in neuerer Zeit so weit gegangen, die gemeinen Bescheide zu einer Art von provisorischer Gesetzgebung umzugestalten. Doch darf man schwerlich behaupten, daß dadurch allenthalben eine glückliche Fortbildung des Rechts vermittelt sei. Der Gesetzgeber muß auf einem höheren Standpunkte stehen, als auf einem solchen, da er die Entscheidung eines einzelnen Falls vor Augen hat. Und ist nun vollends noch die Entscheidung der Controverse, nachdem sie die Kanzlei des Gerichts verlassen hat, einer neuen Redaktion in dem Ministerium unterworfen, so könnte es sich wohl ereignen, daß sie mißverstanden oder gar nach augenblicklichen Zwecken der Regierung gemodelt in der Gesetzsammlung anlangte. Auf diese Weise hätte man zu befürchten, daß die ersehnte Controversen-Entscheidung ein Gesetz würde, welches sich nur dadurch auszeichnete, daß es die Vortheile der ständischen Berathung entbehrte.

II.

Die Entwicklung des deutschen Strafrechts im Mittelalter.

Von
Reinhold Köstlin,
Professor des Rechts in Tübingen.

1.

Der karolingische Staat war wesentlich ein Beamtenorganismus, der seine Ergänzung in dem kirchlichen Beamtenorganismus fand. Seine Einseitigkeit und formalistische Natur zeigt sich vornämlich in den zwei Punkten, daß er einmal nur das christliche Germanenthum überhaupt zu seiner Unterlage hatte, dabei aber die besonderen Stammnationalitäten innerhalb seines Verwaltungsnetzes fortgewähren ließ, sodann darin, daß er den Grundgedanken des germanischen Rechtslebens, wornach das Recht und sein Quantum auf dem Besitz und seinem Maß beruhte, nicht direkt in seine Verfassung aufgenommen, diese vielmehr überwiegend auf romanischer Grundlage errichtet hatte, und hinfort die Wirksamkeit jenes Grundgedankens als eine an seiner eigenen Auflösung arbeitende Macht dulden, ja sogar befördern mußte.

Als Halt seiner künstlichen Organisation hatte dieser Staat eine gewaltige Persönlichkeit gefordert. Nachdem ihm diese durch den Tod Karls d. Gr. verloren gegangen war, trat unaufhaltsam die Reaktion der nicht gebändigten natürlichen Elemente wieder ein, und zwar auf doppelte Weise: indem entweder die besonderen Stammnationalitäten wieder auftauchten und sich zu Grundlagen besondrer Staatsentwicklungen konstituirten, oder, wo solche selbst in der Zersetzung begriffen waren, jener Grundgedanke des germanischen Rechts-

lebens zu einer gänzlichen Auflösung des Reichs in eine Menge selbstherrlicher Grundherrschaften führte. Beide Momente wirkten überall in der karolingischen Monarchie zusammen; aber ersteres bestimmte vorwiegend die fernere Entwicklung in Deutschland, letzteres dieselbe in Frankreich [1]).

Im deutschen Theile des fränkischen Reichs war die eigene Natur der verschiedenen Stämme nicht gebrochen; es war nicht mehr, als eine äusserliche, oberflächliche Verschmelzung hervorgebracht worden. Durch Eroberung wurde zwar ein Theil von Alemannien, von Thüringen, der Nordgau rc. völlig fränkisch gemacht, gleichwohl aber ein Herzogthum Alemannien, ein Herzogthum Baiern, und in ähnlicher relativer Unabhängigkeit ein Theil von Thüringen bestehen gelassen. Ebenso nahm die Besiegung der Sachsen und Friesen diesen weder die Freiheit, noch ihr eigenes Recht [2]). In den deutschfränkischen Ländern mußte zwar am meisten der westfränkische Einfluß sichtbar werden; allein es scheint sicher, daß auch hier das Königthum keineswegs so fest wurzelte und besonders das Beamtenthum nicht so sehr die allesbestimmende Macht wurde, wie in den Ländern, in welchen später der französische Staat sich entwickelte. Dazu kam und wirkte mit, daß in den deutschen Provinzen das alte System der freien Volksgemeinden auf geschlossenen Feldmarken sich in viel größerem Umfange und in dichteren Massen erhalten hatte. Zwar hatten auch hier Kriege und Eroberungen von früh an einen unfreien Stand und persönliche und dingliche Abhängigkeit geschaffen. Es hatten ferner namentlich die fränkischen Kriege da und dort Domänen [3]) entstehen lassen, welche vom Königthum zu demselben Zwecke, wie in Westfranken, benützt wurden, nämlich zur Gewinnung der geistlichen und weltlichen Großen. Wie aber das Christenthum in den deutschen Ländern erst später eindrang, so empfanden sie auch die Einwirkung des romanisch gearteten Königthums erst später, und weder in demselben Umfang, noch in derselben Stärke, wie die west-

---

1) Stein, franz. Staats- und Rechtsgesch. Bd. III.

2) Eichhorn I. §. 22. 27. 46. 134. Stälin, Würt. Gesch. I. S. 198 — 221.

3) Stälin I. S. 170. 171. 343 — 346. Wenck, Hess. Gesch. I. S. 35 — 69. Bluntschli, Staats- und Rechtsgesch. von Zürich I. S. 47. 48. Wigand, der Corv. Güterbesitz. S. 7. 8.

fränkischen Länder; und, als sie in der karolingischen Zeit allerdings dem allgemeinen Organismus des Reichs völlig einverleibt wurden, da war der Geist dieses Staats nicht mächtig genug, die Gleichförmigkeit zur dauernden Einheit zu steigern, noch hatte das Königthum bisher Zeit gehabt, eine so tiefgreifende Umwälzung der Grundbesitzverhältnisse, und folgeweise eine so starke Zersetzung der alten Gemeindeverfassung, wie in Westfranken, hervorzubringen. Denn es fehlte hier an der, in Gallien charakteristischen, allgemeinen Verbreitung des Instituts der mit Krongut ausgestatteten leudes, sowie an der dort typischen Stellung des Grafenamts [4]). Jenes findet sich zwar auch, aber noch ohne den Stand der gemeinen Freien zu erdrücken. Das Grafenamt aber war noch nicht in der Lage, seine Amtsbefugnisse zu mißbrauchen. Das Recht des Heerbanns insbesondere hatte noch nicht die Ausdehnung, wie in Westfranken. Die erblichen Herzoge, wo sie sich finden, reichen noch in das Element der alten Verfassung zurück, und vermitteln erst den Uebergang in den Staat des Königthums [5]). Noch mehr mußte aber all dieß im übrigen Deutschland der Fall sein, nicht nur in den Ländern, die überhaupt erst im achten Jahrhundert zum fränkischen Reiche kamen, sondern auch in den schon früher einverleibten, welche während des Verfalls der Merovinger sich an eine ziemlich große Unabhängigkeit gewöhnten. Es war von Anfang an nicht die Sache Deutschlands, die Extreme in der politischen Entwicklung zu durchlaufen, wie sie seinen westlichen Nachbarn als Aufgabe zugetheilt waren. Ihm war eine Bewegung von universellerer Bedeutung vorbehalten, bei welcher freilich vorerst die Entwicklung der Nationalität zu einer strenggeschlossenen Staatseinheit zu kurz kommen mußte.

Die Aufhebung der Stammesherzogthümer war daher ein Hauptaugenmerk der Herrscher gewesen, welche die karolingische Monarchie vorbereiteten [6]). So gut sie jedoch gelang, so fehlte es gleichwohl dieser Monarchie an der gehörigen Zeit, um auch die Stammesunterschiede zu verwischen, worauf sie gegründet gewesen waren.

---

4) v. Löw, Gesch. der deutschen Reichsverf. §. 18. und S. 90 — 92. Warnkönig, franz. Staats- und Rechtsgesch. I. S. 127.

5) Eichhorn I. §. 83. Not. a. vgl. §. 27. Stälin I. S. 215—220.

6) v. Löw §. 24. 25.

Dieselben traten daher auch mit dem Verfall dieser Monarchie alsbald wieder hervor.

Indessen blieb darum die Einordnung der deutschen Stämme in den karolingischen Staat nicht ohne Wirkung. Zwar traf dieser Staat hier theilweise dieselbe Desorganisation durch das Komitat und das Benefizienwesen, wie in Westfranken, daneben aber auch noch in großem Umfange Zustände an, in denen noch das Princip der alten Gemeindeverfassung lebendig war. Hier wurde er denn nicht blos zur legitimen Form für die Entwicklung einer auf seinen eigenen Untergang gerichteten Bewegung, sondern schlug Wurzeln im Volk selbst, das noch in weitem Umfang als Masse mäßig und gleich begüterter Grundbesitzer der aufstrebenden Aristokratie das Gleichgewicht hielt [7]). Ohne Zweifel war es vornehmlich die eigenthümliche Verbindung des Staats mit der Kirche in der Verfassung Karls d. Gr., was letzterer die Deutschen unterwarf. Sodann war es eben die größere Menge von Gemeinfreien, welche dem Königthum in Deutschland eine durchgreifendere und bedeutungsvollere Huldigung zuwege brachte, als in Westfranken. Es war daher das Dienst- und Lebensverhältniß hier noch nicht das Princip der Verfassung. Das Königthum suchte seinen Halt in der Treue der freien Volksgemeinden, und sein Beamtenorganismus war, neben der Tendenz zur Centralisation der Verwaltung, besonders auch darauf berechnet, die unmittelbare Berührung des Staats mit der freien Gemeinde lebendig zu erhalten. Ohnedieß aber galt der karolingischen Familie Austrasien als der Mittelpunkt des Reichs, und die Kaiserwürde als ein den deutschen Franken erworbenes Recht [8]).

Die Fortwirkung dieses Gedankens konnte gleichwohl die Zersetzung des karolingischen Staats auch in Deutschland nicht hindern, wozu, neben dem Partikularisationstriebe der deutschen Stämme, zunächst die in der karolingischen Periode beginnende allgemeinere Umwälzung der Grundbesitzverhältnisse und die dadurch bedingte Entstehung des Lehnsystems vorzüglich mitwirkte. Noch war das deutsche Volk für einen in seiner eigenen Idee ruhenden Staat, wie er der Verfassung Karls d. Gr. zu Grunde lag, nicht reif; die Idee

---

7) L. Alam. 38. 41. Prol. der St. Gall. Hdschr. Capit. de part. Sax. c. 15. j c. 34. Capit. Sax. c. 1.

8) Eichhorn I. §. 159. 160.

des Staats mußte erst durch ihre Personifikation im Fürsten ersetzt werden. Indem aber das Königthum selbst Persönlichkeit und politische Stellung, Privatrecht und öffentliches Recht nicht auseinanderzuhalten wußte, vielmehr seine öffentlichen Rechte ebenwie Privatrechte weiter vergab, so wuchs jener Einen Person allmälig eine Vielheit von Personen nach, die selbst nach der gleichen Stellung in ihren Kreisen strebten, und hier gleichfalls Amts- und Eigenthumsrecht in Eins zu bringen suchten und vermochten. Persönliche Unterordnung, Gefolge-, Schutz- und Lehnstreue wurde das zusammenhaltende Band für eine Hierarchie der Gesellschaft, in welcher je der Mächtigere den Mindermächtigen schützte, in welcher daher das Recht gleich der Macht, und die Macht vom Grundbesitze abhängig war [9]).

Alle gedachten Momente wirkten auch für die Weiterbildung des Strafrechts zusammen. Dabei bleibt aber der ganzen folgenden Entwicklung eben der Widerspruch das Eigenthümliche, daß einerseits der Gedanke der Einheit des deutschen Staats fortwährend erhalten bleibt, wenn gleich er sich endlich nur in der Form der Konföderation noch zu verwirklichen vermag, andererseits aber, dieser festgehaltenen Idee gewissermaßen zum Trotz, mitten in der Periode der glanzvollsten Entwicklung die Bewegung der zur Partikularisation führenden Momente zu dem Punkte gedeiht, wo sie das Uebergewicht erhält, ohne doch zu absoluter Herrschaft zu gelangen, — daher denn das Resultat des Gährungsprocesses weder ein Nacheinander der Zersetzung des Staats in eine Vielheit selbstherrlicher Grundherrschaften, und darauf einer absolutmonarchischen Centralisation, wie in Frankreich, — noch die Entstehung eines aus der gleichmäßigen Anerkennung aller gesellschaftlichen Interessen und Mächte sich hervorbildenden einheitlichen und freien Staats, wie in England, sondern eben jene Entwicklung eines Systems konföderirter Einzelstaaten ist, welche trotz aller Partikularisation von dem Bestreben, eine höhere Einheit darzustellen, sich nicht loszusagen vermögen.

Wenn nun das Wesen des Feudalstaats darin besteht, daß die politische Gewalt in der Form und Bedeutung des Privatrechts be-

9) Eichhorn I. §. 158. II. §. 209. 223. v. Sybel, Entst. d. deutschen Königth. S. 267. Stein III. S. 14. 15. 30—34. 41—257.

sessen und ausgeübt wird, so ist Deutschland niemals zum Extrem der Entwicklung dieses Gedankens, dem gänzlichen Zusammenfallen der Souveränetät selbst mit dem Grundbesitze, fortgeschritten. Hievor bewahrte eben die rechtliche und faktische Anerkennung jener höheren, im Kaiserthum sich darstellenden Einheit, daher denn auch das Kaiserthum fortwährend als die Quelle aller politischen Würden, Aemter und Ehren angesehen wurde. Andererseits vermochte aber diese Anerkennung die Bewegung nicht zu verhindern, vermöge deren auch in Deutschland die wirkliche politische Macht sich an den Grundbesitz kettete, daher die Form der Erblichkeit und alsbald des Eigenthums annahm, das man nur noch vermittelst des Lehensbandes an jene höchste Quelle, das Kaiserthum, anknüpfte. Hier trat also als das Charakteristische der Widerspruch hervor, daß zwar die Souveränetät de jure dem Kaiserthum, als dem Vertreter der Staatseinheit zugeschrieben wurde, daß aber dieselbe de facto vielmehr Schritt für Schritt an die mit den Reichsämtern bekleideten Grundherrn kam, ohne daß diese doch wagten, die allmälig zur vollen Souveränetät reifende Landeshoheit auch wirklich mit dem Namen derselben zu bezeichnen, obgleich die kaiserliche mehr und mehr zum Schattenbilde wurde.

Auch in Deutschland kam die Vergabung der Domänen und der königlichen Rechte behufs der Gewinnung der geistlichen und weltlichen Aristokratie unter den Nachfolgern Karls d. Gr. immer mehr in Gebrauch, je mehr es ihnen an der Macht gebrach, den durch Karl gegründeten Staat durch seine eigene Schwerkraft sich behaupten zu lassen. Allein die Verhältnisse waren hier andere, als in Westfranken [10]). Schon in Austrasien standen keineswegs alle freien Franken in dem Verhältnisse der leudes und der damit zusammenhängenden Dienstpflicht, noch weniger bei den übrigen Stämmen. Das Krongut war hier viel seltener, und der allgemeine gesellschaftliche Zustand ließ verhältnißmäßig viel wenigere Personen in das Dienstgefolge des Königs und die Stellung der Antrustionen aufsteigen. Wenn gleich daher in demselben Verhältnisse, wie hier das Königthum festeren Fuß faßte, sich auch ein Herren- und Vasallenstand ausbildete, so geschah dieß doch in weit geringerem Umfange, und daher auch mit viel beschränkterer Wirkung auf die große Masse

10) Warnkönig, franz. R.Gesch. I. S. 131. 132 und die dort Angef.

der freien Gemeinden [11]). Diese Beschränkung verlor sich auch in der karolingischen Zeit nicht, obgleich diese die in Westfranken herkömmlich gewordenen Verhältnisse auch auf Deutschland in massenhafter Weise übertrug. Allerdings wurden nun auch hier Vassen angesetzt, die gegen die Verpflichtung zum Kriegsdienste Lehen erhielten; es wurde auch hier Krongut zum Eigenthum gegeben; auch hier wurden die königlichen Beamten durch Benefizien gefesselt, und die Aemter selbst als solche betrachtet; auch hier hatten die Vasallen ihre Aftervasallen, und an die Stelle des blos persönlichen Treuverhältnisses trat ein dingliches; neben die Vasallen traten die königlichen Ministerialen, gleichfalls mit Aemtern oder Benefizien dotirt, oder durch die Aussicht darauf festgehalten [12]). Gleichwohl gelang es dem Königthum mit seinem Beamtenthum und seiner Gefolgschaft nicht, sich hier die alte Verfassung völlig zu unterwerfen.

Es bedurfte hier erst einer mächtigen Umwälzung innerhalb des alten Freienstandes selbst, um seine Zersetzung, und folgeweise die allgemeine Erhebung eines Herrenstandes hervorzubringen. Diese erfolgte durch die Wirkung der karolingischen Kriegsverfassung. Sofort konnte aber die Ausstattung des Herrenstandes, da sie nur theilweise durch Grundbesitz geschehen konnte, vorzugsweise nur durch Ertheilung von Rechten erfolgen, welche sein allmäliges Aufsteigen zur Landeshoheit vorbereiteten.

Unfreie verschiedener Stufe hatte es schon früher gegeben. Vor der karolingischen Zeit aber scheinen Feldmarken gemischter Art noch selten gewesen zu sein [13]); vielmehr enthielten die Gaue theils freie Feldmarken mit freier Gemeindeverfassung, theils solche, deren Grund und Boden einem Herrn (dem König, oder einem geistlichen oder weltlichen Herrn) gehörte und von Hofhörigen gebaut wurde, oder nach Hofrecht an andere Unfreie oder Freie überlassen war [14]). Solche Grundherrn waren theils ursprüngliche Freie, die es zu größerem Allodialbesitze gebracht hatten, theils belehnte freie Grundbesitzer, oder Reichsbeamte, oder Vassen, die auch aus unfreiem Stande sich

---

11) L. Alam. 23. 31. L. Baj. II, 15. §. 1. Eichhorn I. §. 26. b. §. 27. a. b. r. §. 47. Stälin I. S. 334. 335.

12) Eichhorn I. §. 70. 167. 205.

13) Eichhorn I. §. 83. n.

14) Pertz III. 177.

erhoben haben konnten [15]). Besonders hatten auch die Kirchen und Klöster solche Grundherrschaften.

Zur Verwirrung und Umwälzung der Grundbesitzverhältnisse wirkte nun mit der karolingischen Kriegsdienstordnung die Ertheilung von Immunitätsprivilegien zusammen.

Der auf die gemeinen Freien ausgedehnte Heerbann setzte dieselben bekanntlich den unerträglichsten Bedrückungen von Seiten der Grafen aus, wogegen sie nur durch Ergebung in den Schutz irgend eines Mächtigen sich zu retten wußten, die Reicheren durch Ergebung in das Vasallitäts- oder Ministerialitäts-Verhältniß zu den Grafen oder andern Mächtigen, die Aermeren durch Uebergabe ihres Eigenthums oder gar ihrer Person. Durch solche Uebergaben entstanden die verschiedensten Abhängigkeitsverhältnisse; aber auch in den günstigeren lag der Keim zum Mißbrauch der Schutzrechte und zur Herabdrückung des Pflichtigen unter die Lasten des Hofrechts, während umgekehrt der Herr dem freien oder unfreien Mansoarius den knechtischen Dienst erlassen und ihn nur zum Kriegsdienst brauchen konnte. Der alte Unterschied nach freier oder unfreier Geburt wich daher neuen Unterschieden der Freiheit und Unfreiheit, die sich auf das Besitzverhältniß bezogen [16]). Von den alten Freien konnten sich nur die halten, welche ansehnlichen Grundbesitz hatten oder als Vasallen blos von ihrem Benefizium dienten; und zu ihnen hinauftreten konnten Freie und Unfreie, die unter Herrenschutz standen, sobald sie nur blos zum Kriegsdienste gebraucht wurden, wogegen andere Freie in den Stand der Hörigen hinabgedrückt wurden. Die Zahl der Unfreien wuchs daher immer mehr. Mit der Abnahme des Standes der gemeinen Freien ging aber dem Königthum seine wesentlichste Stütze verloren [17]). Denn ihr Verhältniß zu diesem war der, freilich noch unvollkommene, Ausdruck des Staatsbürgerthums gewesen, an dessen Stelle nun Verhältnisse besonderer, vertragsmäßiger, mit dem Grundbesitz zusammenhängender Treue traten, bei denen das Königthum gegenüber den unmittelbar mit den Unte-

---

15) Bluntschli I. S. 49—61. Stälin I. S. 352. 353.

16) Capit. a. 829. c. 7. Eichhorn I. §. 167. 194—196. vgl. §. 62. a. v. Löw §. 31.

17) Mannert, Gesch. d. Deutschen S. 522—532. Montag, Gesch. d. staatsb. Freih. I. S. 17 f. 157 f. 314 f.

ren sich berührenden Dienstherrn nothwendig den Kürzern ziehen mußte.

Zugleich ward aber durch diese Umwälzung der Grundbesitzverhältnisse dem Königthum aus einer Verlegenheit geholfen, indem es, in Ermanglung von Krongut, andere Gegenstände seiner Freigebigkeit aufzufinden Gelegenheit erhielt. Es vergabte den Großen, auf die es sich stützen mußte, da es sich auf das Volk nicht mehr stützen konnte, nunmehr die Rechte, wodurch ihnen die neuen Erwerbungen erst recht nutzbar werden konnten. So gewiß es damit sich selbst untergrub, indem es die Staatsgewalt seinen lachenden Erben auszutheilen anfing und die Auflösung des Staatsrechts in Privatrecht vorbereitete [18]), so wenig blieb doch eine Wahl, da die alte Gemeindeverfassung unwiederbringlich ausgelebt, der karolingische Beamtenstaat aber für die Entwicklung des Volksgeistes zu früh gekommen war, der die Staatsidee nur personifizirt zu fassen wußte. Mit reissender Schnelligkeit folgten sich daher unter den Nachfolgern Karls d. Gr., neben den Vergabungen von Domänen zu Eigenthum oder zu Lehen, Verleihungen von Zoll= und Münzrechten, Gerichtsgefällen, Naturalabgaben und andern fiskalischen Einkünften, Zollfreiheit, Kriegsdienstfreiheit 2c. Aber noch mehr: es fing nun auch die Erblichkeit der Lehen an, sich auszubilden, und ebendamit auch die Erblichkeit der Aemter, wodurch für solche Reichsbeamte, welche einen größeren Amtssprengel zu erwerben gewußt hatten, bereits eine das Königthum wesentlich beschränkende Gewalt entstehen mußte [19]). Das wichtigste unter diesen Rechten war nun aber eben das Immunitätsrecht.

Während über die Leibeigenen ihre Herren von jeher bei Verbrechen gegen sie selbst unumschränkte, nur durch die Kirche allmälig gemäßigte, Gewalt gehabt hatten, wogegen sie bei Verbrechen gegen Dritte dieselben vor dem ordentlichen Richter vertreten mußten, falls sie nicht sie auslieferten [20]), so gewährte die Immunität [21])

---

18) Eichhorn I. §. 139—141. 158. v. Löw §. 31.

19) Eichhorn I. §. 141. 161. 167. 169. 170. 193.

20) Tac. G. 25. L. Sax. 2, 5. L. Fris. 1, 13. 9, 17. L. Rip. 17, 2. 19, 3. 29. L. Sal. 43.

21) Marc. form. I. 3. 4. 14. 17. 23. 24. Boucquet IV. nr. 7. 54. V. nr. 11. Eichhorn I. §. 86. 172. 173. Zeitschr. I. S. 191 f. v. Löw S. 19. 30. 35.

für einen ganzen geschlossenen Bezirk dem Grundherrn das Recht, seine sämmtlichen Insaßen vor dem ordentlichen Gerichte zu vertreten, mithin keine Gerichtshandlung eines ordentlichen Gerichtsbeamten in seinem Distrikte zu dulden, solang er sich selbst zu Recht zu stehen erbot, den einzigen Fall ausgenommen, wenn ein Insaße gegen einen Dritten ein mit Leibes- oder Lebensstrafe bedrohtes Verbrechen begangen hatte [22]. Wo es sich aber von Verbrechen der Insaßen gegen einander oder gegen den Herrn handelte, da hatte der ordentliche Beamte gar nichts zu sagen, vielmehr hatte die Herrschaft hier volle richterliche Gewalt, also auch den Blutbann [23]. — Bis in die karolingische Zeit nun konnte dieses Immunitätswesen von keinem Einflusse auf die Gemeindeverfassung sein, weil bis dahin die Hintersaßen größtentheils hörig waren, und die Behandlung der eigentlich Unfreien im Principe wohl wenig abwich [24]. Ganz anders gestaltete sich aber die Sache, seit jenes massenhafte Uebergehen der Gemeinfreien in Herrenschutz an die Tagesordnung kam. Die Höfe dieser Leute wurden nun zum Immunitätsdistrikte geschlagen, und sie selbst dem Verbande mit der freien Gemeinde entzogen, namentlich kamen sie unter dieselbe Gerichtsbarkeit mit den Hörigen [25], wenn sie auch mit diesen nicht völlig verschmolzen.

Mit dieser Erweiterung der Immunitätsbezirke mußten mannigfache Kollisionen entstehen [26]. Der häufigste Fall war nämlich, daß in kleineren Villen die Insaßen verschiedenen Immunitätsherrn angehörten, und daneben häufig noch einzelne freie Eigenthümer sich fanden, in größeren aber noch eine ganze Gemeinde freier Eigenthümer blieb. Am häufigsten entstanden die Konflikte zwischen den herrschaftlichen und den ordentlichen Beamten bei den meist zerstreut liegenden geistlichen Besitzungen. Daher strebten besonders die Bi-

22) Cap. a. 779. c. 9. Cap. II. a. 803. c. 2. Cap. a. 864. c. 18.

23) v. Sybel S. 251 f.

24) Eichhorn, Zeitschr. I. S. 192. Vgl. v. Löw S. 72.

25) Dipl. bei Neugart. C. dipl. Al. I. nr. 633. Cap. a. 802. c. 13. Donandt, Gesch. d. Brem. Stadtr. I. S. 19—23. 31—33. 61—68. Warnkönig, flandr. Rechtsgesch. III. S. 166. 270.

26) Eichhorn, Zeitschr. I. S. 211—220. Vgl. Fichard, Entst. von Frankf. S. 15 f. Bluntschli I. S. 61—71. Warnkönig a. a. O. III. §. 42.

schöffe und Aebte, sich von den öffentlichen Beamten ganz frei zu machen, indem sie die ganze Feldmark zur Immunität zu machen suchten. Und dieses Bestreben gelang, indem ihnen, zunächst nur in einzelnen Fällen, die in der Grafengewalt liegende Gerichtsbarkeit überlassen wurde, um sie auch über die neben dem gefreiten Distrikte auf eigenem Grund und Boden sitzenden freien Leute durch ihre Vögte ausüben zu lassen [27]). Die Vergünstigungen aber erhielten immer größere Ausdehnung, während zugleich durch Ergebung freier Leute, Kauf, Tausch rc. die Bezirke abgerundet wurden, in welchen dann der Immunitätsherr für alle Insaßen den ordentlichen Beamten völlig vertrat [28]). Auch in Deutschland kam es, wenigstens zu Ende des 10ten Jahrhunderts, zu Privilegien, wodurch für größere Bezirke die Grafschaft selbst übertragen wurde, so daß dann im 11ten Jahrhundert alle Bischöffe und manche Reichsabteien geschlossene, wenn auch nicht immer zusammenhängende, Territorien besaßen [29]). Erwarben sie nun zu den mit Grafschaftsrecht besessenen, zerstreuten Besitzungen die Gaugrafschaft, so gab dieß freilich zunächst nur das Recht, den Grafen zu bestellen, der dem Bischoff lehnbar wurde. Jedenfalls bot es aber Gelegenheit zu Abrundung des Besitzthums. Es gelang aber auch hie und da, und dann immer häufiger, die Grafschaft über alle Besitzungen der Kirche und die dazwischen liegenden Bezirke zu erwerben, und dann entstand ein völlig unabhängiges Fürstenthum, in welchem der Bischoff auch nicht einmal in einem von ihm belehnten Beamten die ordentliche Amtsgewalt mehr anerkennen mußte, sondern in allen weltlichen Verhältnissen unmittelbar unter dem König stand und alle Beamten aus eigener Gewalt als die seinigen setzte [30]).

Das Immunitätsrecht und die damit mehr und mehr sich verbindende Verleihung königlicher Rechte war von Anfang an nicht den geistlichen Besitzungen allein zu Gute gekommen. Während aber

---

27) Dipl. bei Neug. nr. 204. 345. 425. v. Sybel S. 252. Bluntschli I. S. 66—71. 173—176. Stälin I. S. 534. 535.

28) Eichhorn, Zeitschr. I. S. 220—225. 230—246. Donandt I. S. 77—96.

29) Zöpfl, Bamb. Recht S. 91—94.

30) Eichhorn, R.G. II §. 222. i—l—o. v. Löw §. 35. 39. Stälin I. S. 534. Warnkönig, flandr. R.G. III. §. 48.

bei den geistlichen Herren die Beziehung der ihnen ertheilten Gewalt auf den Staat sich länger forterhielt, da alle wahre Gerichtsbarkeit, die sie durch ihre Vögte auszuüben hatten, insbesondere der Blutbann, als eine im Namen des Königs kommissarisch ausgeübte betrachtet, und erst später diese Vögte als bischöffliche Beamte angesehen wurden, so war bei den weltlichen Großen schon früher der Gebrauch der Uebertragung des Amts auf Kinder und Verwandte allmälig in ein, wenn auch beschränktes, Erbrecht übergegangen, woraus die Ansicht hervorgehen mußte, daß das Amt auf dem Grundbesitz hafte, und daher auch die Amtsuntergebenen zu dem Gute gehören. Je mehr nun die auf der Gauverfassung beruhenden Grafschaftssprengel durch fortwährende Exemtionen gefreiter Gebiete zusammenschmolzen, um so leichter wurde es den Grafen, mehrere Grafschaften zusammenzubringen, wie auch die Herzoge in der Regel auch Grafschaften innerhalb ihres Sprengels in Besitz hatten [31]). Da zugleich mehr und mehr die Schutzhörigen dem Heerbann, die Lehensleute dem Gaugerichte entrückt wurden, so verlor das alte Grafenamt gerade in seinen Hauptstücken immer mehr an seinem Boden, und die Grafschaften verwandelten sich zusehends in Aggregate einzelner Herrschaften und Stücke des ehemaligen Amtssprengels, die zum Theil Allode des Grafen, zum Theil Lehen weltlicher und geistlicher Herrn waren [32]). Neben den Grafen wurde es dann aber auch andern Edeln, Allod- oder Lehensinhabern, erleichtert, für ihre Güter und Herrschaften die im alten Grafenamt enthaltenen Rechte zu erwerben. Und diese Erwerbungen stiegen mächtig an Bedeutung durch die seit dem 10ten Jahrhundert in den Heerbannsverhältnissen eintretenden Aenderungen [33]), in Folge deren die weltlichen und geistlichen Herrn ein großes ritterliches Dienstgefolge, das ihnen Hulde that, und eine Menge schutzpflichtiger Hintersaßen gewannen. Beide Klassen entfremdeten sich immer mehr dem Reiche, die erste, indem ihr, je mehr sich die Ritterschaft zum Stande abschloß, desto mehr die Lehenstreue über die Unterthanenpflicht ging, — letztere, indem die sich entwickelnde Landeshoheit in ihr den Stoff der neuen (reichsmittelbaren) Unterthanenschaft besaß.

---

31) Eichhorn II. §. 222. S. 9. Stälin I. S. 527. n. 2.
32) Eichhorn II. §. 234. a. Stälin I. Abschn. V. §. 4. VI. §. 17.
33) Eichhorn II. §. 223. v. Löw §. 40.

Zur Auflösung der alten Gauverfassung trugen übrigens auch die Könige selbst bei, indem sie die Reichsdomänen und die dazwischen liegenden Gaustücke gleichfalls von der gaugräflichen Gewalt eximirten, und ihnen neue, nur von ihnen abhängige, Beamte vorsetzten [34]). Freilich retteten sie durch die Bildung dieser Reichsvogteien dem Königthum eine Grundlage für seine Selbständigkeit, und zugleich eine wenigstens theilweise Fortdauer der alten Verfassung, welche für manche freie Gemeinde, die sich nun freiwillig an das Reich ergab, ein Anhaltspunkt zur Erhaltung ihrer Freiheit wurde.

In der That vollendete sich aber eben hiemit die Zersetzung der Gauverfassung und der auf sie gegründeten Staatsverfassung. Die Staatsgewalt ging in ihren wesentlichsten Stücken in das erbliche Eigenthum der Herren über, und das Königthum, als Inhaber der Reichsvogteien, sank zu einer mit jenen koordinirten Stellung herab [35]). Ja, es verlor auch diesen Rest von realer Unterlage immer mehr. Das Reichsgut schwand durch Verkauf, Verpfändung, Ertheilung zu Lehen, Usurpationen der Vögte und benachbarter Herren zusehends zusammen, und trug wenig mehr ein; die fiskalischen Einkünfte aus Zoll und Münze hatten das gleiche Schicksal, und eine allgemeine Reichssteuer gab es nicht [36]).

Ohne Frage hatte der karolingische Staat nach und nach sein Fundament verloren. Gleichwohl war das Königthum nicht untergegangen. Es mußte daher allmälig eine andere Grundlage erhalten haben, die es im Kampfe mit den genannten und andern, noch fernerhin zu erwähnenden, Mächten aufrecht erhielt.

Diese Grundlage war aber eben dasselbe, was auch umgekehrt das Königthum nicht zur vollen Entwicklung gelangen ließ, die Nationalität. Schon unter den Nachfolgern Karls d. Gr. beginnt die Bewegung der in seinem Staate vereinigten Nationalitäten, die nach einem gesonderten Dasein streben, eine Bewegung, die gegen das Ende des 9ten Jahrhunderts die Zerspaltung des Reichs in fünf Theile zur Folge hatte. Von nun an trat Deutschland in jenen bestimmten nationalen Gegensatz zu Westfranken, wovon oben die Rede war. Zu der Eigenthümlichkeit dieses Hervortretens der deutschen

34) Eichhorn II. §. 234. b. v. Löw §. 39.

35) Eichhorn II. § 295. a. v. Löw §. 42.

36) Eichhorn II. §. 295 — 298.

Nationalität gehörte aber gerade, daß in und mit derselben auch die besonderen Stammesunterschiede wieder mächtig wurden, welche zur Erneuerung der alten Volksherzogthümer führten [37]). Das Streben und sein Erfolg war gewaltig genug, um es längere Zeit zweifelhaft zu lassen, ob die getrennten Provinzen Deutschlands sich überhaupt unter Ein Reich vereinigen lassen würden. Das Herzogthum gab seinem Inhaber eine Stellung, die von der eines wahren Landesfürsten wenig verschieden war. Bald genug fühlte denn auch das Königthum (besonders in Heinrich III.) die Schranke, die ihm in einer solchen Mittelgewalt entgegenstand, und versuchte die verschiedensten Mittel, um sie hinwegzuschaffen. Gleichwohl wurde auch bei der Herzogswürde eine beschränkte Erblichkeit durchgesetzt, und jene Versuche gelangen erst zu einer Zeit, wo ihr Gelingen dem Königthum keinen Vortheil mehr bringen konnte, weil dieselbe Potenz, die dem Herzogthum seine Lebenskraft gegeben hatte, indessen an andere Organe übergegangen war, die ihren Gehalt nur noch vollständiger zur Entwicklung brachten [38]).

Wie jedoch das Königthum an dem Herzogthum seine Schranke hatte, so hatte es von dem Bestehen desselben andererseits auch entschiedenen Vortheil. Denn die engeren Kreise, welche sich in den Herzogthümern darstellten, verhüteten das gänzliche Absterben der obersten Staatsgewalt gegenüber der bei dem geistlichen und weltlichen Adel sich ausbildenden Selbstherrlichkeit. Das Herzogthum vermittelte den karolingischen Staat mit dem neuen Feudalstaat. Es behielt länger, als die Grafschaft, den Charakter eines Amts [39]), wie es denn auch gerade daran endlich unterging, daß es ihm nicht gelungen war, sich vollständig in erblichen Privatbesitz umzusetzen. Eben dadurch bildete es aber die Vormauer des Königthums und der durch dieses vertretenen Einheit des Staats und seiner Verwaltung. Es war für die Bildung der Lehenshierarchie eine schon fertige Sprosse, die das Königthum mit den unteren Gewalten stetig zusammenhielt, und, nachdem diese von der Staatsgewalt des Königthums genug aufgezehrt hatten, um sich als selbstherrlich zu fühlen, verhinderte es

---

37) Leo, Entstehung der deutsch. Herzogsämter. v. Löw §. 34. Stälin I. S. 427. 526 - 532.

38) Eichhorn II. §. 221. bb. 240. v. Löw §. 41. 53.

39) Eichhorn II. §. 234. a. E.

die Sprengung des Königthums, indem es selbst durch das Zusammenwirken dieser Macht mit den Magnaten gesprengt wurde [40]). Nur freilich war, wie gesagt, sein Untergang nicht auch der seiner Idee, da nur eben jene Magnaten an seine Stelle einrückten.

Unter den Momenten, welche die steigende Macht der Herzoge, und sofort der andern Großen des Reichs begünstigten, war eines der wirksamsten der Anhalt, den ihr Antagonismus gegen den Kaiser bei der Kirche fand [41]). Seit Karl d. Gr. hatte das Pabstthum in seinem bis dahin unentschieden gebliebenen Kampfe mit den Ansprüchen der Bischöffe entschieden den Sieg errungen. Seitdem suchte es die absolute Einheit der in ihm centralisirten christlichen Kirche in einem doppelten Kampfe durchzusetzen: im Widerstande gegen die Nationalkirchen, und im Kampfe gegen den Staat. In diesem Kampfe aber hatte es, dem Kaiserthum gegenüber, die mächtigsten Verbündeten an den deutschen Fürsten, die eben so lange, als sie noch nicht dem Kaiserthum die Souveränetät entrissen hatten, auch noch nicht als Vertreter der Staatsidee auftraten und auftreten konnten [42]).

Auch die auf die Schwächung des Königthums gerichteten Bestrebungen der Fürsten dienten indessen zugleich zu seiner Erhaltung, da sie seiner Koncession bedurften, um die Oberherrlichkeit über die nachdrängenden kleineren Herren und Vasallen zu behaupten. Dieselben Verhältnisse nämlich, welche ihnen einen wesentlichen Theil der Staatsgewalt zugebracht hatten, waren auch bei kleineren Herrschaften wirksam gewesen; ja, es hatte gerade der Kampf des Königthums mit dem Herzogthum den Uebergang des Grafenamts in das erbliche Eigenthum der Inhaber wesentlich befördert und entschiedener werden lassen, als beim Herzogthum selbst [43]). Nun hatten zwar die Herzoge im Heerbann ein Mittel, die kleineren Herren unter ihre Lehensherrlichkeit zu bringen; aber theils gelang dieß nicht überall, theils lag in dem Rechte der Gerichtsbarkeit, das auch so vielen kleineren Herren verliehen war, ein solcher Keim von Selbstherrlichkeit, daß nothwendig das Streben bei ihnen entstehen mußte, sich auch in andern Beziehungen unabhängig zu machen. Ueberall wirk-

40) Eichhorn II. §. 234. a. E. Stälin I. S. 534.
41) Eichhorn II. §. 209. Stein III. S. 299 ff.
42) Eichhorn II. §. 231.
43) Stälin I. S. 534.

ten sich hier zwei Principien entgegen: einerseits der alte, stets in neuer Form auftretende, Grundgedanke, daß das Maß der politischen Bedeutung von der Größe des Grundbesitzes abhänge (wobei seit der entschiedenen Erblichkeit der Lehen zwischen diesen und den Allodien kein Unterschied mehr war), — andererseits die Unmöglichkeit, die Hoheitsrechte, die man hatte oder begehrte, aus einer andern Quelle abzuleiten, als aus der kaiserlichen Gewalt. Es war hier kein anderer Ausweg möglich, als der, den man wirklich wählte: dem Begriff der Amtsverleihung den der Belehnung zu substituiren, d. h. das politische Verhältniß in ein privatrechtliches aufzulösen. Das Herzogthum fiel, weil es dem Königthum auch jenen Spielraum zu beschränken trachtete, der für die Bischöffe und kleineren Dynasten unentbehrlich war, um ihre eigene relative Souveränetät zu legitimiren und zu garantiren [44]). Es war der fixirte Widerspruch zwischen dem alten und neuen System, — das zum erblichen Eigenthum verwandelte Reichsamt, das seine Eigenschaft als Reichsamt nicht völlig aufgeben konnte, gleichwohl aber zu selbstherrlich geworden war, um noch wahrhaft als Amt gelten zu können. Sein Untergang war die Aufhebung des Widerspruchs. Seine Nachfolger versuchten nicht mehr das Widersprechende zu vereinigen. Sie setzten sich als Souveräne, und erkannten als Band mit Kaiser und Reich nur noch den Lehensnexus an.

Es entstand der Lehensstaat, der in Deutschland die Eigenthümlichkeit zeigte, daß sein Princip nicht den gesammten gesellschaftlichen Zustand durchdrang, obgleich es auch für die Entwicklung der Mächte, die es beschränkten, von wesentlich bestimmendem Einflusse wurde, daß auch ferner das Königthum stets seine Spitze blieb, jedoch mehr als ideale, denn als reale Macht, und daß endlich die kleineren Grundherrschaften, wie das Königthum, das Opfer des Fürstenthums wurden, in welchem sich das Princip des Feudalsystems am intensivsten koncentrirte.

Der Lehnsstaat steht im entschiedenen Gegensatze gegen den ältesten Gemeindestaat, wie gegen den karolingischen Beamtenstaat. Denn er kennt keine freie Gemeinde mehr, und ebenso ist ihm die Idee des Staatsamts und der darauf beruhenden Organisation der Gesellschaft verloren gegangen. Gleichwohl enthält er die Elemente

44) Eichhorn II. §. 235 – 240. vgl. §. 225.

der vorangegangenen Staatsformen in einer neuen Kombination. Einmal nämlich blieb der Grundgedanke der ältesten Verfassung, wornach das Maß der politischen Rechte von dem des Grundbesitzes abhing, auch jetzt noch der herrschende, aber er trat in wesentlich verschiedener Erscheinung auf. Die Staatsgewalt war von der freien Gemeinde an das Königthum übergegangen, daher von da an die Theilnahme an der Gemeinde nicht mehr das öffentliche, sondern nur noch das Privatrecht der Freien bestimmen konnte. Zuerst nun suchte das Königthum den Staat rein auf die Hierarchie der Staatsämter zu gründen. Aber dieser, dem romanischen Einflusse entstammende, Gedanke vermochte seine Abstraktion von jenem altgermanischen Principe nicht durchzusetzen. Es zeigte sich, daß ohne Verleihung von Grundbesitz weder die Treue der Beamten, noch ihr Ansehen zu erhalten war, ja daß, um sie nicht zu groß werden zu lassen, das Königthum eine weitere Klasse von Privilegirten sich zur Stütze schaffen mußte. Daher jener Ueberfluß von Schenkungen und Belehnungen und Gewährungen von Hoheitsrechten an größere Allodbesitzer, denen andererseits die aus den Veränderungen des Heerwesens sich ergebende Umwälzung der Grundbesitzverhältnisse zu gut kam. Unaufhaltsam verwandelte sich der Beamtenstaat in den Feudalstaat. Diese Verwandlung setzte aber den Untergang der freien Gemeinde voraus, deren Natur demokratisch war und auf gleicher Vertheilung des Grundbesitzes beruhte, während der Lehensstaat seiner Natur nach aristokratisch und durch ungleiche Vertheilung des Grundeigenthums bedingt war. Der Feudalstaat mußte daher auf völlige Zerlegung der freien Gemeinde in Herren und Schutzpflichtige ausgehen. In Deutschland gelang ihm dieß nicht, aber, soweit es ihm nicht gelang, konnte er auch das Unbezwungene nicht in sich aufnehmen. Innerhalb seiner konnte es nur privilegirte Freiheit und Unfreiheit geben. Wie nun den Rechten des Lehnsadels dasselbe Princip zu Grund lag, worauf auch das politische Recht in der alten Gemeindeverfassung beruht hatte, so sprach er auch in der That kein anderes Recht für sich an, als die Konsequenz des alten Freiheitsbegriffs, die jetzt freilich in ganz neuen Wirkungen hervortrat. Die alte Gemeindeverfassung hatte den Begriff der wahren Obrigkeit und einer vom freien Willen unabhängigen Unterwürfigkeit nicht gekannt. Die Gemeinde hatte sich selbst regiert, und dem Freien hatten nur seine Genossen das Recht gewiesen, während die

Unterwürfigkeit unter ein Gericht mit obrigkeitlich zwingender Gewalt als Zeichen der Unfreiheit gegolten hatte. Seit nun der Begriff der alten Freiheit sich auf die eminente Freiheit des Adels zu reduciren anfing, war es durchaus folgerichtig, wenn er darnach strebte, sich (durch das Mittel der Reichsstandschaft) selbst zu regieren, und wenn er sich gegen jeden Schein von Unterwürfigkeit unter eine nicht durch seine eigene Freiheit vermittelte Gewalt sträubte. Bewußt oder unbewußt mußte daher sein Streben dahin gehen, die Gewalt des Königthums zu einer bloßen Lehnsherrlichkeit herabzusetzen, und die obrigkeitlichen Rechte über seine Hintersaßen an sich selbst zu bringen. In dieser Beziehung nahm daher der Lehensstaat auch das Grundelement der karolingischen Verfassung in sich auf. Seinen Hintersaßen gegenüber übte er die Rechte der Staatsgewalt in der vollen Bedeutung obrigkeitlicher Macht aus, und bereitete dadurch innerhalb seiner Territorien die Entstehung eines neuen Amtsorganismus vor, während er allerdings die ihm selbst übertragene Amtsgewalt nicht als Amt, sondern als Eigenthum behandelte, und über sich keine reine Amtsgewalt mehr duldete, die mit seinem Streben nach Selbstherrlichkeit nicht verträglich war.

Der Lehensstaat trug übrigens in sich selbst den Keim seines Zerfalls. Denn sein Princip, daß der Freie keine wahre Staatsgewalt über sich anerkennen, sondern nur in vertragsmäßiger Abhängigkeit stehen könne, und, um sich in dieser Stellung behaupten zu können, die Rechte der Staatsgewalt in seinen eigenen Besitz zu bringen suchen müsse, berief Jeden zu dem gleichen Streben nach Unabhängigkeit, der Kraft genug hatte oder sich zutraute, um eine solche Stellung einzunehmen. Die, welche sie schon inne hatten, sahen sich fortwährend behufs ihrer Selbsterhaltung genöthigt, derlei Ansprüche zu befriedigen. So entstand eine vielverzweigte Lehenshierarchie, deren untere Stufen stets begehrlich nach den höheren drängten und für deren Macht ebenso gefährlich wurden, als jene es für die kaiserliche geworden waren [45]). Nicht nur aber bei solchen war dieß der Fall, welche selbst Staatshoheitsrechte zu erringen wußten, sondern auch bei dem allmälig nachrückenden niedern Adel, der gegenüber den Fürsten und Herrn jedenfalls in soweit das alte Freiheitsrecht ansprach und theilweise durchsetzte, daß er

45) V. Meinwerci bei Leibnitz, Scr. rerum Brunsv. I. p. 550.

zu ihnen gleichfalls nur in einem vertragsmäßigen, mithin lösbaren Verhältnisse stehen wollte. Im Lehensstaate entstand daher eine entgegengesetzte Bewegung: von unten nach oben, und von oben nach unten. Der Sieg der ersteren erfolgte mit der Auflösung der Herzogthümer. Allein von nun an war die zweite im Vortheil; das Fürstenthum, an die Stelle der Herzoge nachgerückt, bildete sich zur Landeshoheit aus, der sich die große Mehrzahl der kleineren Herrn, sowie des niedern Adels, nicht zu entziehen vermochte. Gerade die Zeit der Gährung aber, während welcher jene entgegengesetzte Bewegung im Gange war, ist die Feudalepoche, deren sämmtliche Erscheinungen denn auch den Charakter der Gährung, der Unklarheit, der Gewaltsamkeit und des unbefriedigten Strebens an sich tragen.

Innerhalb der Lehenshierarchie selbst ist mithin an die Stelle der Staatsgewalt die bloße Lehensherrlichkeit, an die Stelle der Unterthanschaft unter die Obrigkeit die bloße Vasallenschaft getreten. Der Kaiser ist in Beziehung auf das, was reale Macht verleiht, zum Gleichen der Fürsten herabgesunken. Die wesentlichen Rechte der Staatsgewalt sind in unendlich viele Hände als eigene Rechte übergegangen. Nur nach unten, d. h. den von Hause aus unfreien und durch den Uebertritt unzähliger Gemeinfreien angewachsenen Gemeinden gegenüber wird der Begriff der obrigkeitlichen Gewalt durchgesetzt. Dagegen ist dieß selbst gegenüber der (ihrerseits vielfach aus dem Stande der Unfreien rekrutirten) Ritterschaft nicht mehr möglich, die sich zum Stande abschließt, und innerhalb deren der Ministeriale allmälig dem Vasallen gleichgestellt wird. Es würde mithin der Lehenskörper gänzlich in eine Vielheit von Gleichen, in ein republikanisches Verhältniß mit Rangunterschieden auseinanderzufallen gedroht haben, wenn nicht einerseits die dem Rechte nach angesprochene Gleichheit in den Unterschieden der faktischen Macht ihre Korrektion gefunden, und wenn nicht andererseits die Lehensform schon von Anfang an in der Idee der Treue [46]) ein Element von staatlicher Natur, freilich noch in ziemlicher Formlosigkeit, aufgenommen hätte; wenn nicht endlich in Deutschland insbesondere in diese Treue, infolge des nie abgebrochenen Zusammenhangs mit dem karolingischen Kaiserthume, noch ein weiterer Inhalt, nämlich der mitten im Widerspruch des thatsächlichen Entwicklungsgangs allezeit

46) Stein III. S. 167.

festgehaltene Gedanke gekommen wäre, daß alle jene Rechte, durch deren Erstrebung man das Königthum aushöhlte, nur in diesem ihre Quelle haben und nur von ihm verliehen werden können, weßhalb denn auch die Gewalt der Territorialherrn durchgängig als beschränkt durch die in ihren eigenen Territorien mit ihnen konkurrirende Gewalt des Kaisers angesehen wurde.

So weit nun aber auch die Wirkung des Feudalprincips griff, so war sie doch nicht durchgreifend. Der Lehensstaat brachte es nicht zum allgemeinen gesellschaftlichen Organismus. Vielmehr mußte er andere Mächte von wesentlich verschiedener Natur neben sich dulden — die Kirche und die städtische Freiheit.

An der Kirche des Mittelalters ist ein doppeltes Verhältniß zu unterscheiden [47]). Einerseits centralisirt sie sich, das Pabstthum an der Spitze, als die allgemeine christliche Kirche, die sich über alle weltlichen Staaten als Ein geistlicher Universalstaat ausbreitet, um jeden Preis ihre Selbständigkeit gegenüber dem weltlichen Staate zu bewahren und zu befestigen sucht, und dieß auch in der Schöpfung des allgemeinen kanonischen Rechts auf angemessene Weise zum Ausdruck bringt. Andererseits sieht sie sich genöthigt, als Nationalkirche in Berührung mit dem nationalen Rechtsleben zu treten, was nicht verfehlen kann, einen wechselseitigen Einfluß beider Elemente auf einander hervorzurufen, woraus eine beständige Bewegung der Verschmelzung und Umgestaltung entsteht. Dieses Verhältniß tritt denn namentlich auch in die Sphäre des Gerichtswesens herein, und führt zu einem Kampf des kirchlichen Rechts mit dem des Lehenstaats, der in den wesentlichsten Punkten den Sieg des ersteren zum Resultate hatte.

Die Kirche mußte im fränkischen Reiche in den Proceß der Entwicklung des Feudalsystems eintreten. Denn in einer Zeit, die alle politische Bedeutung an den Grundbesitz knüpfte, durfte die Kirche in der Reihe der großen Grundbesitzer nicht fehlen, wenn sie nicht auf alle Machtentwicklung verzichten wollte. Sie verstand diese Aufgabe vortrefflich. Freilich lag aber in diesem Eingehen in die welt-

47) Stein III. S. 299—303. vgl. Richter, Kirch.-R. §. 72—78. Walter, Kirch.-R. §. 95 f. Eichhorn, R.G. II. §. 270—276. Zöpfl R.G. II. 1. S. 91—98. Ders., Ztschr. f. d. R. IV. S. 113. K. S. Zachariäs Nachl. nr. IV. V.

liche Staatsordnung zugleich eine große Gefahr für die Kirche, welche das Pabstthum sehr wohl erkannte. Die Formen des weltlichen Lebens und des Besitzes der weltlichen Aristokratie gingen in die Kirche über, die sich in allen Lehensſachen dem Lehenrechte und Lehensprocesse unterwerfen mußte [48]). Dieser Gefährdung ihrer Selbständigkeit mußte die nach der Suprematie über alles Weltliche strebende Kirche möglichst zu begegnen suchen. Das unmittelbarste Gegenmittel lag eben in der Sphäre, welche die Gefahr enthielt, — darin nämlich, daß innerhalb ihrer Immunitäten die Kirche nicht gehindert war, mehr oder minder je nach den Gemeinden, ihr eigenes Recht mit ihrer Beamtenordnung und ihrem Verfahren in Anwendung zu bringen. Freier war sie natürlich, wo sie geradezu als Grundherrin auftreten konnte; allein auch den Mittelfreien gegenüber konnte sie mittelst der Appellation wenigstens eine allmälige Verschmelzung des Landesrechts mit Grundsätzen und Formen des kirchlichen anbahnen. Den gleichen Vortheil genoß sie mittelst der immer wachsenden Anerkennung ihrer Gerichtsbarkeit über die Personen des geistlichen Standes, für welche kirchliche Gerichte eingesetzt wurden, die sich bald auch die Jurisdiktion über die Geistlichen in ihren weltlichen Verhältnissen anzueignen wußten. Immer war aber die Kirche auch in diesen Beziehungen noch genöthigt, eine Verschmelzung ihrer Principien mit denen des weltlichen Rechts sich gefallen zu lassen, solange sie jener eigenthümlichen Gesetzgebung entbehrte. Um so entschiedener und rascher jedoch war, sobald diese erfolgt war, der Sieg des kanonischen Rechts in den kirchlichen Gerichten. Es war allmälig nicht nur die grundsätzliche Exemtion der Geistlichen von den weltlichen Gerichten auch in weltlichen Sachen [49]), sondern auch eine ungemeine Ausdehnung der geistlichen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Sachen durchgesetzt worden, sofern die Kirche nicht nur alle Ehesachen ausschließlich vor ihre Gerichte zog, sondern eben diese Kompetenz bei allen Sachen ansprach, die um ihrer religiösen Beziehung willen nach den Kirchengesetzen beurtheilt wer-

48) Cap. 5. 13. X. de judiciis (II. 1.) Cap. 7. X. de for. comp. (II. 2.) Dieriex, Mém. sur la ville de Gand. I. S. 253. n. 2. Ritz, Urk. d. Niederrheins. S. 56. 37.

49) Cap. 10. X. de jud. (II. 1.) Auth. Statuimus. C. de ep. et cler. (I. 3.)

den müßten, ja noch überdieß eine Konkurrenz der geistlichen Gerichte mit den weltlichen für alle Fälle behauptete, wo wegen einer sündlichen Handlung Klage erhoben werde [50]). Ausserdem hatte sich aber allmälig ein wahres Strafrecht der Kirche auch gegen die Laien entwickelt [51]); und seit Innocenz III. bildete sich das eigenthümliche kirchliche Strafverfahren aus [52]), was beides eine großartige und feingegliederte Organisation der kirchlichen Behörden nöthig machte [53]). Diesem Organismus und seinem fein und konsequent ausgebildeten Rechte gegenüber konnte sich aber Recht und Verfahren des Lehensstaates am wenigsten innerhalb des Gebiets der Kirche selbst, und später auch ausserhalb desselben nicht mehr halten. Gerade der Eintritt der Kirche in den Feudalstaat verschaffte vielmehr ihrem Rechte allmälig den Sieg auch in den weltlichen Gerichten [54]).

Der Lehensstaat mußte mithin mitten in seinem Schooße das Wachsthum des, zu seiner Ueberwältigung berufenen, seinen Principien schroff entgegen gesetzten kirchlichen Rechts dulden. Die Nothwendigkeit hievon lag aber in dem gesammten Verhältnisse der Kirche zu dem mittelalterlichen Staate. Mit der Zersprengung des Reichs Karls d. Gr. war die Einheit der germanischen Nationen ihres Organs verlustig geworden, ohne daß doch diese Einheit aus dem Bewußtsein sich verloren hätte. Dem Bedürfnisse, ein neues Organ dafür zu gewinnen, kam nun eben die Kirche entgegen, und dadurch schwang sie sich zur Herrschaft über alle christlichen Völker auf. Zunächst mußte diese Herrschaft freilich auf eine geistliche Idee, nämlich auf die Pflicht der Kirche, die Reinheit des Glaubens allenthalben zu erhalten, gegründet werden [55]). Allein die Grenze dieses Begriffs war so unbestimmt, daß es leicht war, die Mehrzahl der Verhältnisse des weltlichen Lebens unter diesen Gesichtspunkt zu bringen und der Gesetzgebung und Rechtspflege der Kirche Antheil an

50) Cap. 3. 13. X. de jud. (II. 1.) Eichhorn, Kirch.R. II. S. 140 f.

51) Eichhorn ebd. II. S. 76—88.

52) Biener, Beitr. zur Gesch. d. Inquis.Proc. Eichhorn ebdas. II. S. 83 n. 21.

53) Eichhorn ebd. I. S. 632—640. R.G. II. §. 319—323.

54) Stein III. S. 303—331.

55) Eichhorn II. §. 318.

den meisten sittlichen Lebenskreisen zu verschaffen. Dieß wurde aber der Kirche gerade dem Lehensstaat gegenüber dadurch unendlich erleichtert, daß dieser seiner Natur gemäß außer Standes war, die Gesammtheit der gesellschaftlichen Interessen zu umfassen, ja auch nur innerhalb des Kreises, den er beherrschte, Ordnung und Sicherheit dauernd zu begründen [56]). Eben diese Armuth des Lehnsstaats an allem wahrhaft staatsbildenden Principe berechtigte die Kirche, sich der durch das herrschende System zur Rechtlosigkeit verurtheilten hilflosen Menge anzunehmen, und eine Reihe sittlicher Lebenskreise, welche jenes System geradezu verwahrloste, unter ihre Obhut zu stellen. Sie mußte in so vielen Dingen geradezu an die Stelle des Staats treten, daß, auch abgesehen davon, daß sie allein der Sitz der Bildung und Intelligenz war, und durch die großartige Einheit und Konsequenz ihres allmälig sich ausgestaltenden Rechts eine ungemeine Ueberlegenheit über die Zerfahrenheit und Bildungslosigkeit des weltlichen Rechts gewann, ihr Sieg über den Staat unausbleiblich erfolgen mußte.

Die andere selbständige Macht, welche der Lehensstaat neben sich und im Gegensatz gegen sich zu ertragen hatte, war die städtische Gemeinde [57]). Sie entwickelte sich nicht nur neben ihm und als seine Ergänzung, sondern sie trug auch das Princip in sich, dessen Verallgemeinerung den Untergang des Lehensstaats, und zugleich die Zurückweisung der Kirche in die ihr gebührenden Schranken enthielt. Gab sich in der Kirche das Individuum selbstlos einem alles besondere Wollen in seinen großen Zweck aufzehrenden Allgemeinen hin, und beruhte umgekehrt das Lehenswesen auf der Zersplitterung des Allgemeinen zu möglichster Individualisirung der Einzelnen, — so stellt sich in der Gemeinde eine neue gesellschaftliche Form dar, die beide Momente enthält, eine festgeschlossene Körperschaft, die aber nur als die freie That freier, untereinander gleicher Bürger entsteht und fortlebt. So gewiß diese Erscheinung in allem germanischen Rechtsleben sich entwickeln mußte, so ist sie doch in Deutschland in eigenthümlicher, eben durch die besondere Entwicklung des deutschen Lehensstaats bedingter Weise hervorgetreten.

Jenes, das allgemeine Hervorgehen der freien Gemeinde aus

56) Eichhorn II. §. 286.

57) Stein III. S. 258—273.

dem germanischen Lehensstaat, beruhte auf der inneren Nothwendigkeit, womit sich der aus Freiheit stammende und nach Freiheit strebende industrielle Besitz im Gegensatz gegen den an Grund und Boden gefesselten und die Abhängigkeit in sich enthaltenden Agrikulturbesitz geltend machen und ebendeßhalb um seine Emancipation von dem, ganz auf den letzteren und das Maß seiner Vertheilung gegründeten Feudalganzen ringen mußte [58]). Vergebens suchte letzteres die erwachende industrielle Freiheit in seinen Fesseln zu erhalten. Sie rang mit innerer Nothwendigkeit nach einer ihrem neuen Princip gemäßen Organisation, die sie sich denn zunächst auf beschränktere Weise in der Form der Gilden und Innungen [59]), sodann aber in der umfassenderen Form der freien städtischen Gemeinde [60]) zu erringen wußte.

Was dagegen die eigenthümliche Entwicklung des deutschen Städtewesens betrifft, so bekundete zwar in Deutschland, wie überall, der Lehensstaat seine Einseitigkeit darin, daß er zwischen der Selbstherrlichkeit des Grundbesitzes und der Abhängigkeit der hörigen oder schutzpflichtigen Gemeinde ein Drittes nicht kannte, und daher den industriellen Besitz, sobald ein solcher sich entwickelte, zu einer oppositionellen Stellung drängen mußte. Während nun aber in Frankreich eine Zeitlang der Lehensstaat den gesammten gesellschaftlichen Verband durchdrungen hatte, demselben aber sofort in dem Organ des centralisirenden Königthums der wahre Staat mit ebenso Alles durchdringender Macht entgegentrat und nach langem Kampf vollständigen Sieg erfocht, — so hatte in Deutschland der Lehensstaat sich nie zu so ausschließlicher Geltung bringen können; vielmehr war die Idee der organischen Staatsgewalt im Kaiserthum fortwährend festgehalten geblieben, und bildete die Schranke, welche die Isolirung der Feudalherrschaften zu vollständiger Selbstherrlichkeit hinderte, während zugleich die mit dem Wiedererstehen der Volks-

---

58) Hüllmann, Städtewesen I. S. 207 f.

59) Wilda, Gildenwesen.

60) Eichhorn, Zeitschr. I. S. 220 f. II. S. 165 f. R.G. II. §. 224. a. b. 243. 263. 284. 310—313. III. §. 431—434. v. Löw §. 35. 47. 61. Gaupp, deutsche Städtegründung. v. Lancizolte, Grundz. d. Gesch. d. deutschen Städtew. Hüllmann, Städtewesen. Unger, altdeutsche Ger.Verf. S. 352—362.

herzogthümer beginnende Entwicklung des Fürstenthums den Druck der kleineren Mächte gegen oben paralysirte. In Frankreich warfen sich daher die Gemeinden nach kurzer Periode der Unabhängigkeit dem Königthum in die Arme und entwickelten sich zu bloßen Gliedern des Staatsganzen [61]). In Deutschland dagegen fiel Entstehung und Wachsthum des Städtewesens in die Zeit der allmäligen Auflösung der centralen Staatseinheit. Zuerst treten daher die neuen Gemeinden noch als Glieder des Ganzen auf, als die Sammelpunkte für die Gemeinfreien, die weder in den Ritterstand übergehen, noch in die Unfreiheit hinabsinken, vielmehr das Waffenrecht behalten, und ebendeßhalb zum Anziehungspunkt für alle diejenigen werden, welche in der eigentlichen Lehenshierarchie keine Stelle finden [62]). Gerade in Deutschland hatte sich die gemeine Freiheit mit mäßigem Grundbesitze massenhafter erhalten, und es war davon genug übrig geblieben, um die Fortdauer oder Neubildung ganzer Gemeinden von freien Leuten möglich zu machen. Solche kompakteren Massen konnten nicht zur Hörigkeit herabgedrückt werden, wenn es auch an Versuchen dazu nicht fehlte. Die Feudalherrschaften mußten ihnen eine Organisation zu geben suchen, worin ihre Mittelstellung zwischen Herrschaft und Knechtschaft sich ausdrückte. Dazu wirkte das Königthum mit, sofern es in den Reichsvogteien dieselben Einrichtungen traf, die dann, freier sich selbst überlassen, Vorbilder und Vorkämpfer wurden. Schon durch die Befestigung, die sie schon hatten, oder erst erhielten, waren diese Orte als eigenthümliche Erscheinung ausgezeichnet. Sie wurden es aber noch mehr durch ihre innere Verfassung. Immer erschienen sie aber vorerst als Theile des bestehenden Systems, nämlich als Immunitäten, denen ein bischöflicher oder kaiserlicher Vogt als Vertreter des ordentlichen Beamten vorgesetzt war. Sobald nun die eigenthümliche Entwicklung des industriellen Besitzes begann, wäre es Sache des Kaiserthums gewesen, die Opposition desselben gegen den Grundbesitz zu begünstigen, sofort aber die staatsfeindliche Gewalt des Lehenssystems mit Hülfe der Städte zu brechen, und beide Elemente einem durchgreifenden gesellschaftlichen Organismus als relativ selbständige Glieder einzu-

---

61) Ueber die flandrischen Städte, die gewissermaßen das Mittelglied bildeten, s. Thomas, Oberhof von Frankfurt S. 36. 37. 41—49.

62) Eichhorn II. §. 243. f. g.

ordnen. Allein für eine solche Machtentwicklung war es um diese Zeit für das Kaiserthum bereits zu spät. Es geschah daher nichts, um jene Aufgabe zu verwirklichen. Im Gegentheil traten die Kaiser sogar auf die Seite der Grundherrschaften in ihrem Kampf mit den Städten. Gleichwohl aber blieb das Kaiserthum für die Entwicklung des Städtewesens wenigstens mittelbar von Bedeutung durch die Förderung, welche es den Reichsstädten angedeihen ließ. Indem diese die landesherrlichen Städte nach sich zogen, gelang es eben den deutschen Städten, durch ihre eigene Kraft sich von der Herrschaft des Lehenswesens zu befreien und eine, diesem entgegengesetzte, Selbstherrlichkeit zu erringen. So konnte es denn freilich zu einer Einordnung der städtischen Gemeinden in einen Gesammtorganismus der Gesellschaft nicht kommen; vielmehr wurden sie souveräne Körper, wie die Lehensherrschaften. Allein, sobald dieß vollendete Thatsache war, so wurden nun auch die Städte neben den in Landesherrschaften sich verwandelnden Lehensherrschaften die Wiege des modernen Staats, der eben in der verschiedenartigen Mischung der Besitzelemente, indem hier der industrielle, dort der Grundbesitz vorherrschte, den Stoff zu einer reichen Detailentwicklung erhielt.

Von Anfang herein waren die Städte, wie gesagt, eine Anomalie in dem bestehenden Lehenssysteme. Wenn gleich daher die Feudalherrschaften nicht umhin konnten, ihnen eine Stellung zu lassen, welche von der Stellung unfreier Gemeinden sehr abstach, so mußte in ihnen doch das Bestreben entstehen, diesen Unterschied aufzuheben. Vor allem daher das Bestreben, befestigte Burgen mit Dienstleuten in den Städten zu haben, nicht nur zum Schutze gegen außen, sondern auch zur Abwehr gegen die steigende innere Selbständigkeit. Ferner die Bemühungen, die Städte unter hofrechtliche Formen zu bringen. Die Gerichtsbarkeit lag in den Händen herrschaftlicher Beamten (Vogt und Schultheiß). Zoll und Marktpolizei handhabte ein herrschaftlicher Zöllner, das Münzwesen ein herrschaftlicher Münzmeister. Den Handwerkergenossenschaften standen herrschaftliche Beamte vor [63]). Obgleich nun die freien Grundeigenthümer nur zum Reichskriegsdienst und zu den Kriegs- und Landfrohnen verpflichtet waren, so ging doch das natürliche Bestreben

---

63) Vgl. auch **Bluntschli** I. S. 126 – 132. **Donandt** I. S. 61 – 77. 96 – 100. 222.

dahin, sie auch den persönlichen Diensten und besonders den Abgaben zu unterwerfen, wozu die Hintersaßen verbunden waren [64]). Allein eben dieses Streben, von einer neuen Thätigkeit, die dem System des Grundbesitzes fremd und von seiner Seite ohne Schutz war, einen mühelosen Gewinn zu ziehen und ihr Fesseln anzulegen, die ihrem Princip widersprachen, rief jene großartige Reaktion hervor, in welcher sich die neuen Gemeinden von den Fesseln des Lehenswesens befreiten und zur Selbstherrlichkeit aufschwangen [65]). Wie auch immer das Institut des städtischen Raths entstanden sein möge, so ist gewiß, daß dieser Rath [66]) mit der Zeit die herrschaftlichen Beamten verdrängte, und allmälig die selbständige Verwaltung aller inneren und äusseren Angelegenheiten der Stadt an sich brachte. Gerade in den Städten wurde ferner die gründlichste Verschmelzung des freien und unfreien Standes vorbereitet [67]). Anfangs zwar gehörten zur freien Gemeinde nur die rittermäßigen Bürger, und eben dadurch stieg ihre Genossenschaft an Ansehen, sofern auch Freie vom Lande in die Städte zogen, oder gegen Uebernahme von Bürgerpflichten das Bürgerrecht auch ohne Veränderung des Wohnorts zu gewinnen strebten. Aber früher oder später wurden auch die hörigen Handwerker und andere Schutzgenossen in die freie Gemeinde aufgenommen [68]). Zwar hatten die deutschen Städte nicht die ausnehmend günstige Stellung der lombardischen. Gleichwohl wuchs auch ihre Macht, die sie durch Erwerbung von Grundbesitz zu verstärken wußten, so kräftig heran, daß der Herrschaft von ihrer vogteilichen Gewalt bald nicht viel mehr, als die Gerichtsbarkeit übrig blieb, und endlich nicht selten auch diese von den Gemeinderäthen errungen wurde [69]).

Es lag in der Natur der Dinge, daß die städtischen Gemeinden zuerst durch die eigene kräftige Entschließung ihrer Mitglieder

---

64) Kraut, Grundriß §. 15. nr. 17. 20. 21.

65) Donandt I. S. 50—59. 116 f.

66) Kraut §. 15. nr. 63 87.

67) Donandt I. S. 114. 115. vgl. S. 65—77. Zöpfl, Bamb. R. S. 59—64. 98. nr. 29.

68) Eichhorn II. §. 243. Donandt I. S. 112.

69) Eichhorn II. §. 310. Donandt I. S. 130—238. Bluntschli I. S. 387—396.

entstanden, die hiefür an dem weitverbreiteten Gildenwesen das Muster hatten [70]). Wie diese Gilden als neue Gestaltung der alten Geschlechtsgenossenschaften erscheinen und dadurch den Zusammenhang mit der ältesten Verfassung herstellen [71]), so haben sie doch wieder ihr eigenes Princip, indem sie, den Typus der Familie ganz verlassend, sich vollständig als Korporationen darstellen. Eben dadurch wurden sie nun der Typus für die neue Gestaltung des Gemeindewesens, das sich in der Form der Korporation entwickelte. Was in der Form der Gilde vorerst nur vereinzelt dastand, und in Beziehung auf den Umfang der Verbindung nach Personen und Zwecken zufällig erschien, daher weder in sich selbst hinreichende Kraft besaß, noch bei der öffentlichen Macht seine Anerkennung durchzusetzen vermochte, das wurde eben anders, sobald es auf die Form des örtlichen Zusammenlebens angewandt wurde. Wenn eine städtische Gemeinde als solche das Princip der Gilde erfaßte, so trat sie eben damit in entschiedenen Gegensatz gegen das Lehnswesen und die Eingriffe seiner grundherrlichen Gewalt. Wie diese ihre Burgen in den Städten hatte, um deren auftauchende Selbständigkeit zu bezwingen, so befestigten sich jetzt die Städte nicht nur gegen ihre und des Grundherrn gemeinsame Feinde, sondern auch gegen den Grundherrn selbst [72]). Um der Lehnsherrschaft mit Erfolg entgegentreten zu können, erwarben sie selbst Grundbesitz und nahmen waffenfähige Bürger auf; sie konstituirten sich selbst zu kriegerischen Körperschaften, und nahmen Wappen und Fahnen an. Allein der äußere Kampf war nur der Widerschein des innern, den sie gegen die herrschaftlichen Rechte führten. Vor Allem forderte das Aufblühen von Handel und Gewerbe und der dadurch erzeugte Wohlstand kräftigen Schutz gegen den Neid der Herrschaften, die diesen Reichthum besteuern wollten. In der Gerichtsbarkeit jener Zeit lag aber zudem eine solche Menge von Verwaltungsbefugnissen, daß die neuen Gemeinden, solange sie die herrschaftlichen Gerichtsbeamten zu ertragen hatten, sich allerseits gehemmt und niedergehalten finden mußten, um so mehr, da eine reiche Sphäre administrativer Thätigkeit eben

---

70) Lappenberg, Vorr. zu Sartorius, Urk. Gesch. d. Hansa.

71) v. Sybel, Entst. d. Deutsch. Königth. S. 19.

72) Hüllmann, Städtewesen II. S. 165 — 197. Donandt I. S. 100 — 115. 228.

erst durch die Entstehung und Ausbildung der Städte in Bewußtsein und Leben trat. Die Städte mußten daher vor Allem nach eigenem Steuerrecht streben. Sie mußten ferner von den in der Gerichtsbarkeit liegenden Rechten soviel als möglich an sich zu bringen, und in beiden Beziehungen selbständige Verwaltungskörper zu werden suchen. Beides gelang ihnen mehr und mehr [73]). Sie wußten sich vom Kaiser das Stapel- und Einlagerrecht, von den Landesherrn das Markt- und Geleitsrecht, Zollfreiheit und Münze, und andere Privilegien, besonders aber die Bestätigung ihrer Zunfteinrichtungen zu verschaffen, aus denen später die Demokratisirung ihrer Verfassung und ihre höchste Machtentwicklung hervorgieng. Seit dem 13ten Jahrhundert erwarben sie auch meist durch Kauf oder Verpfändung die Gerichtsbarkeit, auf die sie durch die aus der Gemeinde genommenen Schöffen von jeher Einfluß gehabt, und deren Verwaltungsbefugnisse sie größtentheils schon an sich gebracht hatten [74]). Damit mußte aber die autonomische Rechtsbildung Hand in Hand gehen. In der That bildeten denn auch die Städte nicht nur ihr bürgerliches Recht in fast völliger Unabhängigkeit fort, sondern sie traten auch in Allem, was die Polizei betraf, und wohin man damals unendlich Vieles rechnete, selbstgesetzgebend auf [75]). Alle diese Machtentwicklung verdankten sie nun freilich vornämlich ihrer eigenen, d. h. der Kraft des Princips, aus dem ihre Entstehung hervorging. Mittelbar wurden sie aber darin gefördert durch die Leichtigkeit, womit sie diese Entwicklung in den Reichsvogteien durchmachen konnten, und durch die Privilegien, womit ihnen auch auf Grund und Boden des geistlichen und weltlichen Adels die Kaiser zu Hilfe kamen [76]).

Nachdem aber die principielle Opposition des industriellen Besitzes gegen den Grundbesitz sich einmal durchgesetzt hatte, so fanden nun freilich die Deutschen Städte am Kaiserthum keinen Halt mehr. Sie standen nun, auf sich selbst angewiesen, dem Lehnssysteme gegenüber und vollendeten in kampfreicher oder friedlicher Entwicklung

---

73) Eichhorn II. §. 312. Hüllmann II. S. 629. 630. v. Lancizolle S. 48 — 75.

74) Häberlin, Reichs-Gesch. VIII. S. 259 f.

75) Eichhorn II. §. 263. 284.

76) Eichhorn II. §. 291. Anm.

ihre Ausbildung zu reichsunmittelbaren Korporationen. Indessen hatten sie hiebei die Grundherrschaften keineswegs immer gegen sich [77]), obgleich die Principien beider sich feindlich entgegenstanden. Im Gegentheil verdankten sie den Grundherrschaften viele ihrer wichtigsten Privilegien, nicht selten ihre Entstehung. Dieß deßhalb, weil eben in die Zeit der Entwicklung des Städtewesens auch die Entwicklung des Fürstenthums zur Landeshoheit fiel, daher die Fürsten nach einer Seite hin mit den Städten gemeinsames Interesse und von ihrem Aufblühen Vortheil hatten [78]). Indem das Fürstenthum, gegen das Kaiserthum gekehrt, für sich die Selbstherrlichkeit erstrebte, mußte es auch die Städte darnach streben lassen, wenn es nicht seine Kräfte in doppeltem Kampfe zersplittern wollte. Daher erscheint es eine Zeit lang in einer Art von Waffenstillstand mit den Städten, deren Entwicklung es Schritt für Schritt Raum gewinnen läßt; wodurch es denn auch geschah, daß zwischen Reichs- und Landstädten allmälig fast aller Unterschied verschwand [79]). Die Städte wurden souverän, wie die Fürsten selbst, und erst, nachdem dieß beiden gelungen war, tauchte bei letzteren auf's Neue das Bestreben auf, die Städte sich unterzuordnen, d. h. sie in den Organismus des modernen Staats einzureihen. Dem Mittelalter lag aber diese Bewegung im Ganzen noch fern. Hier entschied die Auflösung der im Kaiserthum vertretenen Staatseinheit für die Selbstherrlichkeit der Städte, die sie erst im Kampf mit den Lehnsherrschaften, und dann durch fortschreitende Koncessionen derselben errangen [80]). Sie wurden eine neue Welt, die, von ihrem eigenen Princip getragen, sich in eigener Art fortbewegte, ihr eigenes Recht sich schuf, und den Staatsbegriff unmittelbar sich selbst anpaßte. Am entschiedensten machte diese eigene Art sich geltend, seit die Stadtverfassung selbst auf die Zünfte gegründet wurde, und damit dem Lehnsstaate der korporative im schärfsten Gegensatz entgegentrat [81]).

---

77) Spittler, Gesch. v. Hannover, I. S. 32 f. J. v. Müller, Gesch. d. Schweiz, I. Kap. 14.

78) Eichhorn III. §. 433. not. g.

79) Eichhorn II. §. 431. v. Löw §. 61.

80) Eichhorn II. §. 433. v. Löw §. 59.

81) Eichhorn II. §. 312. III. §. 432. v. Lancizolle S. 55 — 60. Hüllmann II. S. 446 — 499.

2.

Aus dem Bisherigen erhellt, daß für die so scharf unterschiedenen Lebenskreise auch ein verschiedenes Recht sich bilden mußte, insbesondere auch ein verschiedenes Strafrecht, da eben dieses seine besondere Gestaltung wesentlich durch die Art und Weise erhält, wie der Einzelne dem sittlichen Ganzen, dem er angehört, untergeordnet ist.

Nur freilich soll nicht behauptet werden, daß die Wirklichkeit eine so scharfe Sonderung der Principien aufgewiesen habe, wie sie für die Darstellung erforderlich ist, da vielmehr jene ganze Zeit der Auflösung des karolingischen Staats eine Zeit unordentlicher Gährung war, der es vor Allem am wissenschaftlichen Bewußtsein fehlte, daher denn in der Wirklichkeit die verschiedenen Kreise vielfach in einander laufen, von einander borgen, und alle überdieß in einer beständigen Bewegung sind, vermöge deren die Veränderungen in Begriffen und Einrichtungen überall nur schrittweise vor sich gehen [82]).

Gleichwohl hat sich mittelst dieser allmälig die ganze Gesellschaft ergreifenden und umarbeitenden Bewegungen auch das Strafrecht der karolingischen Periode wesentlich umgestaltet und ist in verschiedene neue Bildungen eingegangen. Die Partikularisation ging aber nicht bloß nach verschiedenen gesellschaftlichen Lebenskreisen vor sich, sondern es hing damit zusammen, daß sie auch eine örtliche werden mußte. Je lockerer nämlich die Staatseinheit wurde, je entschiedener die alten gesellschaftlichen Grundlagen verschwanden, und neue Stände, einer vom andern abgeschlossen, sich bildeten, jemehr dann die Vertheilung der Staatsgewalt diesen neuen gesellschaftlichen Theilungen folgte, ohne doch als centrale ganz aufgehoben zu seyn, so daß sie nun lange Zeit hindurch an keinem Orte mit gehöriger Stärke hervortreten konnte, — um so größeren Spielraum erhielt die Autonomie in den einzelnen gesellschaftlichen Kreisen, die dann, bei aller Gemeinsamkeit in den Grundlagen der neuen Rechtsbildungen, doch die größte lokale Mannigfaltigkeit mit sich brachte, jemehr beim Mangel an wissenschaftlichem Bewußtsein das nächste Bedürfniß überall das allein Bestimmende war [83]). Neben der

---

82) Stein III. S. 166. 187.

83) Eichhorn II. §. 209. 257 – 261. 346. Zöpfl II. 1. §. 21—25.

autonomischen Rechtserzeugung fehlte es aber fast ganz an einer gemeinsamen Gesetzgebung [84]), und an der Ueberwachung der partikularistisch wuchernden Rechtsbildung durch ein oberstes Reichsgericht. So löste das Recht des Mittelalters sich allmälig auf in eine Menge von Gewohnheitsrechten größerer und kleinerer Kreise, Einigungen der verschiedenen Stände unter sich und unter einander, Selbstgesetzgebungen der Städte rc. Gerade in dieser allgemeinen ständischen und örtlichen Zersplitterung des nationalen Rechts lag aber das Beförderungsmittel für die wachsende Suprematie der sich in sich selbst zusammenschließenden, mit ihrem Rechte das ganze Gebiet der Sittlichkeit umspannenden, lange Zeit allein das Princip der allgemeinen Ordnung der Gesellschaft vertretenden Kirche.

Was nun zuerst die Lehnssphäre betrifft, so mußte hier ein doppeltes Strafrecht sich bilden, das eine für die bloß durch das Lehnsband Gebundenen, das andere für die dem obrigkeitlichen Zwange der Lehnsherrschaften Unterworfenen. Auch dieser Unterschied war zwar nicht rein durchzuführen, sondern beides lief vielfach durcheinander; doch war immer das eine oder das andere Moment das Ueberwiegende.

Alle diejenigen, welche durch Unterwerfung vormals freier Leute unter ihre Oberherrlichkeit eine Stellung errangen, die sie zum Streben nach Selbstherrlichkeit führte, mußten darauf bedacht seyn, sich selbst jedem Verhältnisse zu entziehen, das ihre eigene Unabhängigkeit gefährdete. Keines aber war hiezu geeigneter, als wenn sie die vollkommene Gerichtsbarkeit eines Andern, als des Kaisers, über sich hätten anerkennen müssen. Denn mit der Gerichtsbarkeit jener Zeit war Alles verbunden, was später unter die Kategorie der Polizei und der Regierung überhaupt fiel. Da nun die Feudalzeit eben darin ihren Charakter hatte, daß das Amt in erblichen und eigenen Besitz seines Inhabers sich verwandelte, so wäre allerdings in jener Anerkennung zugleich die einer Abhängigkeit gelegen, welche zur Unterthänigkeit führen mußte. Anders verhielt es sich mit der Gerichtsbarkeit des Kaisers, die nur als Amt, nicht als Privatbesitz erschien, daher den ihr Unterworfenen in seiner Freiheit um so weniger beeinträchtigte, als einerseits in dem kaiserlichen Gerichte das Urtheil nur von den Pärs des zu Beurtheilenden ge-

84) Eichhorn II. §. 260. not. c. d. §. 262. Zöpfl §. 26.

funden würde, andererseits der Grundsatz anerkannt war, daß der Kaiser selbst vor eben diesen zu Recht stehen müsse. Zunächst fanden daher die nach Selbstherrlichkeit Strebenden in der Unterwerfung unter das Gericht des Kaisers keine Schranke, und ihr Streben ging nur dahin, reichsunmittelbar zu bleiben, und jede andere, als eine bloße Lehnsabhängigkeit von sich abzuhalten. Solang das Königthum noch bei Kräften war, hatte dieses Bestreben auch guten Erfolg, da dasselbe in seinem eigenen Interesse auf die Schwächung und Vernichtung der Herzogthümer hingewiesen war und sich eben hiezu mit den kleineren Dynasten verbündete, welche durch das Herzogthum ihre Selbstständigkeit zu verlieren fürchteten. Der Erfolg war aber, daß eben die kleineren Dynasten an die Stelle der Herzoge nachrückten und vom Kaiser die urkundliche Anerkennung der schon in großem Maße auf sie übergegangenen Souveränetätsrechte erhielten [85]). Dieser Erfolg hatte eine doppelte Konsequenz. Einmal mußten die Fürsten und Herren, die soviel errungen hatten, nothwendig noch einen Schritt vorwärts thun: sie mußten das Princip des Herzogthums zu dem ihrigen machen, d. h. nach der vollen Landeshoheit streben und gegen das Königthum eine bloße Lehnsabhängigkeit anerkennen [86]). Umsomehr mußte aber bei allen denjenigen, welche nun ihrerseits in Gefahr waren, des Vortheils der Reichsunmittelbarkeit verlustig zu gehen, das Bestreben entstehen, diese Gefahr von sich abzuwenden. Sie suchten daher ebenso der Oberherrlichkeit der Fürsten zu entgehen und diese auf eine bloße Lehnsherrlichkeit zu beschränken, wie jene dasselbe gegenüber dem Königthum anstrebten. In Deutschland fanden nun aber diese Versuche des nachrückenden niedern Adels an der erstarkenden Macht des Fürstenthums ihre Schranke. Nur freilich bedurfte die Ausbildung der Landeshoheit aus einer Reihe von Elementen, die ihrer Entstehung nach einem andern Staatssysteme angehörten, längerer Zeit [87]), und ihr Fortschreiten stand in Wechselwirkung mit einer fortgehenden Auflösung der bisherigen Staatseinheit, die nicht ohne heftige Krisis vor sich gehen konnte. Insbesondere wurde auch noch infolge der durch diese Spaltung im Innern des Feudalreichs her-

85) Eichhorn II. §. 234. a. 235. 247 Anm. 2.
86) eb. II. §. 225. 231. 300.
87) eb. II. §. 222 — 225. 234. a. 299 — 314. III. §. 418. 433. not. a.

beigerufenen feindseligen Einwirkung der kirchlichen Macht, sowie infolge der mehr auf Herrschaft in Italien, als auf Befestigung der Deutschen Staatseinheit gerichteten Politik der Hohenstaufischen Kaiser dem Kaiserthum der Nerv seiner Macht abgestumpft [88]). Bezeichnend für Deutschland blieb aber gerade, daß hier im Fürstenthum sich jene Mittelmacht erhielt, welche den Andrang der unteren Mächte aufhielt, und ebensolang, bis sie zur Landeshoheit erstarkt war, das Königthum in ihrem eigenen Interesse, freilich nicht als reale, sondern als ideale Macht aufrecht erhielt.

Der Sieg der oberen Schichte des Adels über die kleineren Grundherrschaften, wobei jene wieder durch die mit gleichem Glück zur Selbstherrlichkeit aufstrebenden Städte im Schach gehalten wurde, konnte jedoch, wie gesagt, nicht ohne einen langwierigen, die Grundfesten der Gesellschaft erschütternden Kampf vor sich gehen. Zur Zeit der Hohenstaufen, wo die Landeshoheit den ersten urkundlich anerkannten, entscheidenden Sieg errang, war das Verhältniß einer Menge Personen zum Reich oder zu einem Territorium noch sehr unbestimmt und schwankend [89]). Einerseits zählten zum Herrenstand Viele, welche später landsäßig wurden; andererseits wußten sich Viele zur Reichsunmittelbarkeit heraufzuarbeiten, die ihrer Geburt nach nicht zum Herrenstand gehörten. Besonders war den Grafschaften, die unter ein Fahnenlehen gehörten, ihr Verhältniß gefährlich, weniger den andern, die, wenn auch lehnbar, sich doch von den Fürstenthümern unabhängig erhalten hatten, weil hier meist die Eine Grafschaft von verschiedenen Herrn zu Lehn ging [90]). In derselben Gefahr befanden sich die in einer Reichsvogtei Gesessenen, die, ohne Reichsstände zu seyn, sich wenigstens der Reichsunmittelbarkeit erfreuten, namentlich die Städte, mit welchen die bischöfflichen Städte in gleicher Lage waren. Ueberall entstand in solchen Verhältnissen das natürliche Bestreben, sich um jeden Preis in unmittelbarer Verbindung mit Kaiser und Reich zu erhalten, was denn auch mehreren der Gefährdeten, besonders den Städten gelang. Die Gefahr selbst lag übrigens solange noch entfernter, als dem König-

---

88) eb. II. §. 245—253. 286. 387. 394 f.

89) Weiske, de septem clyp. milit. Ders. Grundsätze d. deutschen Priv.-R. nach dem Sachs. Sp.

90) Eichhorn II. §. 290. 299. 300. 337. III. §. 396.

thum wenigstens eine mit der neuen landesherrlichen konkurrirende Gewalt erhalten blieb [91]), vermöge deren der Kaiser noch überall, wo er hinkam, selbst zu Gericht sitzen und alle noch nicht rechtshängigen Klagen entscheiden, daher auch die kaiserlichen Gerichte noch alle derartigen Klagen annehmen, überdieß aber der Kaiser den unter einem Landesherrn gesessenen freien Leuten beliebig Rechte und Privilegien verleihen konnte, wodurch jene in der Ausübung der ihnen verliehenen Hoheitsrechte beschränkt wurden. Bemühte man sich doch lange vergebens, das allmälig sich entwickelnde Verhältniß der Landeshoheit durch einen angemessenen Ausdruck zu bezeichnen. Seit dem Ende des 12ten Jahrhunderts ging es jedoch hiemit rascher voran, und in demselben Verhältnisse sank die Macht des Kaiserthums, das die Ausführung seiner Befehle nur noch den Landesherrn und Reichsvögten anvertrauen, und keine ständige Behörde von bloßer Amtsnatur mehr schaffen konnte. Von da an mußten denn auch diejenigen, die nur unvollständige Landeshoheit hergebracht hatten, eine größere oder geringere Abhängigkeit von den in der Entwicklung zur Selbstherrlichkeit weiter Vorangeschrittenen anerkennen [92]).

Der Zustand der Gährung nun, welcher der vollen Entwicklung dieser Verhältnisse vorherging, machte zuvörderst allen denen, welche mit mehr oder minder Glück zur Souveränetät sich emporarbeiteten, eine Pflicht der Selbsterhaltung daraus, sich jeder Gerichtsbarkeit zu entziehen, deren Anerkennung für sie die der Landsäßigkeit würde in sich geschlossen haben. Sie mußten wo möglich in den Stand der Semperfreien zu kommen suchen, über deren Leben und Erbe, Ehre, Leib und Leben nur der Kaiser richtete [93]). War es nun auch nicht möglich, durch Standeserhöhung in den Herrenstand zu gelangen, so wurde es doch durch andere Umstände, besonders die theilweise Verwischung der alten Gerichtssprengel erleichtert, und ein Anhalt für das Streben nach der Erhaltung der Reichsunmittelbarkeit lag in der längere Zeit hindurch fortgehenden Erhaltung kaiserlicher Pfalz-, Hof- und Landgerichte, die noch als

---

91) Sächs. L.-R. III. 60. Schwäb. L.-R. (Laßb.) § 133. Urk. bei Eichhorn II. §. 293. not. b. c.

92) Eichhorn II. §. 291 – 300. III. §. 396. 400. 418.

93) Sächs. L.-R. III. 55. Eichhorn II. §. 293. not. b. §. 337. not. n.

unmittelbare Organe von Kaiser und Reich galten [94]. Nun bewirkte freilich die Entwicklung der Landeshoheit, daß diese kaiserlichen Gerichte größtentheils, wie die Reichsvogteien, oder mit diesen in die Hände der Reichsstände kamen und entweder untergingen, oder, wie es mit der Mehrzahl der alten Gaugerichte längst geschehen war, in Territorialgerichte verwandelt wurden [95]). Allein eben dieser Uebergang war ein allmäliger und meist vielfach bestrittener. Es konnte darum nicht anders sein, als daß die vorgedachten Personen sich erst um jeden Preis an die Reichsunmittelbarkeit festklammerten, wo aber dieß nicht mehr thunlich war, zur Selbsthülfe griffen, die ihnen allein übrig blieb, wenn sie nicht durch Anerkennung der Gerichte eines Landesherrn sich der Gefahr des Landsäßigwerdens aussetzen wollten. In dieser Lage befand sich ein großer Theil des kleinen Herrenstandes, der Ritterstand, alle Städte, denen das Joch der Landeshoheit drohte, alle Klöster und Stifter, denen es nicht gelang, ihre Vögte abzuschütteln.

Die erste und bezeichnendste Form des Strafrechts im Lehensstaate war mithin das von der Reichsgesetzgebung selbst anerkannte Fehderecht, in welchem man weder die nakte Anerkennung des Stärkeren, noch auch die reine Fortsetzung oder Wiedererweckung des altgermanischen Racherechts bei unsühnbaren Missethaten [96]) sehen darf. Auch die Schwäche der Gerichte [97]) genügt nicht zur Erklärung, wenigstens nicht allein.

Der tiefere Grund liegt vielmehr in den oben geschilderten Verhältnissen. Gegenüber von Frankreich [98]) fand zwar in Deutschland das Eigenthümliche Statt, daß eine staatsrechtliche Unterordnung unter das Kaiserthum stets anerkannt wurde. Denn, daß die Fürsten und Herrn vor dem Kaiser zu Recht stehen müssen, war und blieb Grundsatz. Aber diese Gerichtsbarkeit war in Wahrheit nur eine solche, welche die Semperfreien über sich selbst (und über den

94) Eichhorn II. §. 291. Anm. §. 293.

95) eb. II. §. 291. Anm. 302. III. §. 418. v. Löw §. 48. 59.

96) so Eichhorn II. §. 379. vgl. aber III. §. 408. Anm. 2. §. 433. not. a.

97) v. Wächter, Beitr. z. Deutsch. Gesch. S. 47 — 58. 253 — 256. vgl. Wilda in Weiske's Rechtslex. VI. S. 255 f.

98) Stein III. S. 44 — 49.

Kaiser als Ihresgleichen) ausübten; sie wurde daher so wenig als Schranke empfunden, als die Gerichtsbarkeit der kaiserlichen Pfalz-, Hof- und Landgerichte, solange diese nur als Ausfluß der kaiserlichen Machtvollkommenheit erschien. Allein der Uebelstand lag darin, daß diese kaiserliche Gerichtsbarkeit immer mehr in die Hände der Reichsstände überging und hiemit den Charakter des Amts verlor, d. h. den Untergebenen mit einer ganz andern Abhängigkeit bedrohte, während die immer mehr zusammenschmelzende Reichsgerichtsbarkeit an Macht und Ansehen nothwendig immer mehr einbüßte. Es mußte daher unzählige Fälle geben, wo ein in bürgerlichen oder peinlichen Sachen Rechtsuchender keines finden konnte, weil er es bei dem Gerichte eines Landesherrn, wo er es etwa hätte finden können, nicht suchen wollte, und bei den kaiserlichen Gerichten, wo er es suchen wollte, nicht finden konnte. Zugleich ist klar, daß auch die landesherrlichen Gerichte keineswegs immer, und am wenigsten von Anfang an diejenige Energie entwickeln konnten, die sie später entfalteten, weil dem Rechte nach noch längere Zeit die kaiserlichen Gerichte mit ihnen konkurrirten, weil ferner ihr eigener Besitzstand oft genug im Streit lag, weil endlich ein Rechtsuchender häufig zu verschiedenen Landesherrn und etwa auch zum Reiche in gleichen Verhältnissen stand, und ein Einschreiten für ihn zu allerlei bösen Händeln führen konnte. Die natürliche Folge davon war dann allerdings, daß auch die landesherrlichen Gerichte längere Zeit hindurch den Fehden auch solcher Personen, die später durchaus in das Unterthanenverhältniß kamen, den Lauf ließen, und nur auf dem Wege gütlicher oder zwangsweiser Sühnevermittlung eine obrigkeitliche Gewalt allmälig zu begründen suchten. Dadurch wurde denn freilich mittelbar auch das Wiederaufwachen des Fehdewesens in seiner ältesten Gestalt als Blutrache befördert, ohne daß gleichwohl das Fehderecht des Mittelalters darauf begründet werden dürfte [99]). — Die größte Schwierigkeit lag aber darin, daß die in Rede stehende Gefahr nicht nur die kleineren Mächte bedrohte, sondern daß auch die größeren in ähnlichen Verhältnissen untereinander standen, wie namentlich die unter einem Fürstenthum gesessenen Grafen und Herrn. Besonders ist im Auge zu behalten, daß die ganze Entwicklung der

---

99) Bluntschli I. S. 240. n. 221. S. 410. Donandt II. S. 65. 66. Warnkönig, Flandr. R.-G. III. S. 160. 161. 181 — 205.

Landeshoheit vor sich ging, ohne daß die handelnden Personen selbst es bemerkten, daher selbst das Rechtsuchen bei kaiserlichen Hof- und Landgerichten stets Gefahr mit sich führte, weil auch diese zu Lehen ertheilt wurden. Nicht minder wurde nun aber ferner die Selbsthülfe zum Rechte für die Fürsten, gegen deren Landeshoheit jene andere Personen sich sträubten, und die solchenfalls nur einen rebellischen Unterthan zu züchtigen glaubten. Die Gerichtsbarkeit des Kaisers selbst, der man sich freilich unbedingt unterwerfen mußte, war natürlich für die Unzahl von Verhältnissen, die sie umfassen sollte, nicht ausreichend, und wurde es in demselben Maße weniger, je mehr ihre Gerichte in den Privatbesitz der Reichsstände kamen, und je mehr daher die Zahl der Renitenzen gegen die landesherrliche Gerichtsbarkeit wachsen mußte. Sie konnte bald genug nicht mehr für die Reichsstände selbst ausreichen, und es ward immer gewöhnlicher, Streitigkeiten zwischen diesen durch Schiedsrichter austragen zu lassen, die natürliche Folge der erstarkenden Landeshoheit, die, je mehr sie sich der Souveränetät näherte, um so mehr auch gegen die Gerichtsbarkeit des Kaisers sich sträuben mußte, soweit sie nicht blos das Lehensverhältniß betraf. In diesem Stadium blieb denn auch den Reichsständen unter einander nur noch Selbsthülfe oder Schiedsgericht übrig, und es erklärt sich, wie in der Reichsgesetzgebung das Recht der Fehde seine förmliche Anerkennung finden mußte.

Da nun aber in Deutschland gleichwohl die Idee des wahren Staats nie ganz unterging, so war auch das Fehderecht hier nie ein unbeschränktes. Zwar war es nicht auf den Fall der Verletzung durch Verbrechen beschränkt, bezog sich vielmehr auch auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten. Wohl aber wurden gewisse Bedingungen und Formen vorgeschrieben, unter welchen allein die Fehde als rechtmäßig gelten sollte. Insbesondere sollte dieß nur dann der Fall sein, wenn man nicht durch die Gerichte Recht finden könne, und wenn die Fehde auf die gehörige Weise abgesagt sei. Ueberdieß sollten bei Ausübung der Fehde gewisse Personen und Sachen unbedingt verschont bleiben [101]). Wo diese Bedingungen nicht eingehal-

100) v. Löw §. 59. not. 3.

101) Const. pac. a. 1156. 1158. 1187. 1230. (Pertz IV. 101. 112. 183. 267.)

ten wurden, galt die Fehde als Landfriedensbruch, und sollte in der Regel die Strafe des Strangs nach sich ziehen. Ausserdem gab es Beschränkungen des Fehderechts, die mit dem Lehenswesen zusammenhiengen. Wie nämlich einerseits die Lehens- und Dienstmannschaft gehalten war, dem Herrn in jeder gerechten und von ihr selbst gebilligten Fehde zu dienen (die Vasallen freilich nicht unbedingt, da sie sich gemessene Dienste ausbedingen konnten) [102]), so hörte andererseits diese Verpflichtung auf, wo die Fehde zu Verletzung eines andern Lehensverhältnisses geführt haben würde (namentlich zur Verletzung des Kaisers) [103]).

Allein es ist zunächst schon bezeichnend, daß der Versuch zu solchen Beschränkungen des Fehderechts zuerst nicht vom Staate, sondern von der Kirche ausging, die schon im 11ten Jahrhundert in Frankreich und später in Deutschland das Institut der Gottesfrieden als ein Mittel, durch Association für die Bewahrung des Landfriedens zu sorgen, aufbrachte [104]). Hiernach sollte an gewissen Tagen des Jahrs und ausserdem noch 4 Tage in jeder Woche alle Fehde ruhen, und die Uebertretung wurde mit geistlichen und (in der Vollziehung vom guten Willen der Betheiligten abhängigen) weltlichen Nachtheilen bedroht. Die paces profanae [105]) waren nur Nachbilder dieser Gottesfrieden.

Sodann aber waren die Beschränkungen selbst, soweit sie nicht von dem praktisch allein mächtigen Lehenswesen hergenommen waren, großentheils illusorisch. Denn gerade das Hauptsächliche, daß es unmöglich gewesen sein müsse, bei den Gerichten Recht zu finden, war (aus den o. a. Gründen) in unzähligen Fällen gar keine. Dazu kam, daß im 13ten und 14ten Jahrhundert selbst im Falle, wo ein Gericht anerkannt und angegangen, auch wirklich thätig wurde, dieß immer nur dann praktischen Erfolg hatte, wenn der Angeklagte sich stellte oder vor Gericht gebracht wurde, selten aber im andern

---

102) II. Feud. 58. Köln. Dienstr. §. 1. 2. (Kindlinger, Münst. Beitr. II. S. 69 f.) Eichhorn II. §. 238. Anm.

103) II. Feud. 28. §. 4. Stein III. S. 191. Struben, Nebenstunden I. 4. §. 4.

104) Gottesfr. v. 1084. (1085.) Pertz IV. 34.

105) Const. pac. a. 1103. Pertz IV. 60. Die ferneren ꝛc. s. Stenzel, Gesch. Deutschl. unter den fränk. Kaisern.

Falle, da bei der Menge sich durchkreuzender Territorien und Gerichtssprengel, bei dem Mangel an aller Polizei und der fortwährenden Gährung in allen gesellschaftlichen Verhältnissen schon die Vorladungen oft kaum zu bewerkstelligen waren, die erfolgten aber nicht beachtet wurden, und das Mittel der Acht nur von langsamer, oft von keiner Wirkung war, sofern seine endliche Vollziehung wiederum eines offenen Krieges bedurfte [106]). Wenn von der Verletzung durch die Fehde einige Personen und Sachen ausgenommen wurden, so war andererseits anerkannter Grundsatz, daß weder Hausfriede, noch Hausrecht gelte, vielmehr alle und jede Gewaltthat gegen den Befehdeten gestattet sei.

Ein weiterer Uebelstand war die lange dauernde Verwirrung in den Standesverhältnissen [107]), wodurch es hinsichtlich vieler Personen unsicher wurde, ob ihnen das Recht zur Fehde zustehe, oder nicht [108]). Besonders bezeichnend ist aber, daß die betreffende Reichsgesetzgebung nur eine gewisse Klasse von Verbrechen, die Landfriedensbrüche umfaßte, und Alles Andere, Verrätherei, Verbrechen gegen die fides publica, gegen die Sittlichkeit des Familienlebens ꝛc. ignorirte. Selbst bei denjenigen Verbrechen aber, die sie bedrohte, konnte sie nur die größtentheils nicht mehr im unmittelbaren Dienste des Reichs befindliche vollziehende Gewalt zur Thätigkeit ermahnen. Die angedrohten strengen Strafen waren daher nur gegen diejenigen praktisch, die nicht die Macht hatten, der gesellschaftlichen Ordnung Trotz zu bieten. Der Trotzenden aber wurden immer mehrere. Was schon unter den Karolingern stattgefunden hatte, daß das System der öffentlichen Strafen nur gegen die Besitzlosen Anwendung fand, während der Vermögliche die Strafe mit Geld lösen konnte, das fand auch jetzt noch Statt, und war zum Theil ausdrücklich in die Reichsgesetzgebung aufgenommen [109]). Gerade die Mächtigen, die in dieser Zeit die meisten Veranlassungen zu Gewaltthaten hatten, konnte man fast nur mit Geldstrafen und Achtserklärungen treffen, da der Blutbann des Kaisers ihnen gegenüber mehr und mehr zum Schattenbilde wurde [110]). Die Reichsgesetzgebung

106) v. Wächter, Beitr. S. 17—20.
107) Eichhorn II. §. 337.
108) v. Wächter a. a. O. S. 57. 58. Stein III. S. 193. 194.
109) II. Feud. 27. 53. Const. paxio a. 1085. (Pertz IV. 56 f.)
110) Eichhorn III. §. 408. Anm. 2.

gestand überdieß ihre Ohnmacht selbst, indem sie das Institut des besonders gelobten Friedens aufnahm, obgleich sie andererseits gerade das Mittel, wodurch allein wahrer Friede herzustellen war, die Bündnisse und Eidgenossenschaften der Einzelnen unter sich (besonders der Städte) verpönte [111]. Letzteres mußte geschehen, weil der Eine Staat, so lang er sich überhaupt noch als vorhanden behauptete, das Princip der Föderation, welches seine Auflösung enthielt, nicht anerkennen konnte; zugleich war aber auch Ersteres unumgänglich, da die Streitigkeiten, deren die Justiz nicht mächtig ward, eben nur durch Privatvergleich beschwichtigt werden konnten [112]. Abgesehen endlich von der aus dem Fehderecht hervorgehenden Bedrückung der Aermeren und Geringeren, welche in der Regel unter dem Kriegsgräuel am meisten zu leiden hatten, und gegen welche das Fehdewesen vornehmlich zum Mittel diente, sie in Schutz-, (Vogtei)pflicht oder Hörigkeit herabzudrücken und mit unerträglichen Lasten zu überbürden, — war das ganze Recht noch überdieß in mehreren Rücksichten so schwankend und in seinen Grenzen unbestimmt, daß dem schamlosesten Mißbrauch Thür und Thor geöffnet war, daher Gewalt, Raub, Mord, Anarchie an die Tagesordnung kam, und eine Verwilderung namentlich des Herren- und Ritterstandes entstand, „durch welche ein Theil des deutschen Adels einer großen Räuberbande nicht unähnlich wurde" [113].

Als das eigenthümlichste Erzeugniß dieser Gährungsperiode erscheinen die westphälischen Vehmgerichte [114], ein partikularistischer Niederschlag der in jener Gegend länger, als anderswo, erhaltenen Gerichtsbarkeit von Kaiser und Reich, gerade dadurch so merkwürdig, daß das, was an sich nur Ausfluß der regelmäßigen Ordnung der Dinge war, inmitten der ringsumher eingerissenen Regellosigkeit sich selbst auf den Standpunkt der Ausnahme und Sonderbarkeit

111) II. Feud. 53. Rchsschl. a. 1231. Pertz IV. 279. G.B. c. 15. §. 1. 2.

112) Stein III. S. 195—202. Warnkönig, flandr. Rechtsgesch. III. S. 205 — 209.

113) v. Wächter a. a. O. S. 54 - 58. Eichhorn III. §. 433. not. a.

114) Eichhorn III. §. 419 — 422. v. Wächter a. a. O. S. 5 — 38. 113 — 244. Wigand, das Fehmger. Westph. Liter. bei Eichhorn §. 418. Anm. und Wächter S. 113 f.

gedrängt sah. Freilich darf dieß Exceptionelle weder in der vermeintlichen Entstehung dieser Gerichte aus einem Freischöffenbunde [115]), noch in einem vermeintlichen „mehr ethischen Charakter des Freischöffenrechts" [116]) gesucht werden. Vielmehr lag es eben nur in jenem Verhältnisse und in den Mitteln, wodurch die Vehmgerichte sich auf eine besonders kräftige Weise zu regeneriren gewußt haben (Heimlichkeit des Verfahrens gegen Abwesende, unmittelbare Vollstreckbarkeit der Acht in Form der Todesstrafe, summarisches Verfahren bei handhafter That, Verbreitung der Schöffen über ganz Deutschland [117]), — und das in der eidlichen Rügepflicht der Schöffen liegende inquisitorische Element) [118]).

Das geschilderte Fehde- und Landfriedensrecht war jedoch nicht einmal für den Kreis, den es zunächst ausfüllen sollte, ausreichend. Vielmehr mußte hier vor Allem das Lehenswesen mit seinen Bestimmungen in's Mittel treten. Wen die ordentliche Gerichtsbarkeit nicht erreichte, den konnte doch wenigstens das Gericht des Lehensherrn erreichen. Der Ersatz war freilich ein ungenügender, da das Lehensverhältniß nur ein relatives Abhängigkeitsverhältniß und wesentlich ein Gegenseitigkeitsverhältniß von Gleichen bildete. Allein in der Lehenstreue des Vasallen lag doch, wenn auch unbestimmt und formlos, stets ein Weiteres, ein Analogon der fides, die aus wahrer politischer Unterordnung entspringt. Deßhalb löste sich denn auch das Lehensstrafrecht nicht gänzlich in Privatrecht, d. h. in das Recht, dem Belehnten, wenn er den Vertrag bricht, das Lehen zu nehmen, auf [119]), sondern es enthielt zugleich das tiefere Moment, daß verschiedenartige Verletzungen des Lehensverhältnisses und der Person des Lehensherrn als wirklich strafbare Handlungen angese-

115) **Wigand** S. 474. dag. v. **Wächter** S. 167 – 170.

116) **Roßhirt**, Gesch. und Syst. I. S. 86–92.

117) **Eichhorn** III. §. 421. 422. v. **Wächter** S. 21–24. 150–175. 221 – 226.

118) **Thomas**, Frankf. Oberhof S. 47 – 49 und **J. Grimm**, in der Vorr. VI. **Biener**, Beitr. S. 129–134.

119) I. Feud. 21. pr. II. Feud. 24. §. 1. 7. 8. II. 26 §. 3. 19. II. 54. §. 6. II. 55, §. 1. Const. de exp. Rom. II–IV. bei **Eichhorn** II. §. 294. Anm. **Warnkönig**, flandr. R.G. III. S. 94. n. 329.

hen wurden; noch entschiedener aber machte das gedachte Moment sich geltend in dem Begriff der Quasifelonie [120]).

Die Verwirrung, die in diesem gesammten Strafrechte des Lehensstaats lag, löste sich indessen im Verlauf der Entwicklung der Landeshoheit dahin auf, daß die Reichsstände das Fehderecht allein an sich zogen, und für sich kein Strafrecht mehr anerkannten, als das aus dem Lehensverband fließende, wogegen derjenige Theil der Reichsstrafgesetzgebung, welcher als Fortsetzung des alten obrigkeitlichen Strafrechts erscheint, die Grundlage des im Innern der Territorien geltenden Rechts blieb.

Was den erstgedachten Kreis betrifft, so lag es ganz in der Natur der Sache, daß das Strafrecht des sich auflösenden Staats eben wieder in die Elemente zerfiel, welche einst die Geschichte des entstehenden aufwies, — das Fehderecht, die Buße, und die Friedlosigkeit (in Form der Acht). Doch erschien jedes dieser Momente in veränderter Bedeutung, die einen Fortschritt im Ganzen anzeigte. Das Fehderecht hatte als Keim in sich den Begriff des selbstherrlichen Staats. Das Kaiserthum verflüchtigte sich nun den Reichsständen gegenüber immer mehr zu einer bloßen Lehensherrschaft, und zwar zu einer solchen, welcher die reale Grundlage der Lehensmacht, Grundbesitz und Ausübung des Amts als Privatrechts fehlte. Seine Strafgerichtsbarkeit beschränkte sich daher immer mehr auf den specifischen Kreis des Lehenrechts, und die Strafe auf den Verlust des Lehens, d. h. eine Buße. Indem diese Buße beides enthielt: Schadensersatz und Strafe für die gebrochene Treue [121]), so hatte sie allerdings denselben Inhalt, wie die karolingische Königsbuße; aber sie enthielt nicht mehr denselben Widerspruch, eben weil sie auf den Lehenskreis beschränkt war, dessen Wesen diese Mischung der Elemente entsprach. Die Acht endlich erschien jetzt nicht mehr, wie die alte Friedlosigkeit, als einfaches Preisgeben an die Rache Einzelner oder Aller, sondern als wahre Strafe des Ungehorsams gegen den Gerichtsbann [122]). Nur in dieser Abschwächung blieb nun die kai-

120) I. Feud. 5. 17. 21. pr. §. ult. II. 24. 33. §. 5. 51. §. 2. 27. Schwäb. Lehenr. c. 85. 121 — I. Feud. 5. pr. II. 24. §. 11.

121) Schwäb. Lehenr. 85. 121.

122) Sächs. L.R. III. 24—34. Richst. L.R. I. 51. Warnkönig, flandr. R.G. III. §. 21. 30.

serliche Gerichtsbarkeit über die Reichsstände mehr dem Namen, als der That nach bestehen. In der Wirklichkeit gestaltete sich aber die Stellung der Reichsstände zu einander mehr und mehr zu der Stellung unabhängiger Mächte, die ihre Streitigkeiten durch Krieg oder Vergleich ausmachten; und bald wurden dann die Austrägalgerichte [123]) auch von Andern angegangen, welche gegen einen Fürsten zu klagen hatten, so daß kaiserliche Rechtssprüche über Fürsten zur Seltenheit wurden.

3.

Je mehr aber die untergeordnete Staatsgewalt der Reichsstände sich der Selbstherrlichkeit näherte, um so entschiedener bildete sich in ihren Händen eine wahre Strafgerichtsbarkeit gegen ihre Untergebenen aus. Sie waren die realen Mächte des Lehensstaats, d. h. sie besaßen die Staatsgewalt, deren das Kaiserthum Schritt für Schritt verlustig ging, und sie besaßen sie als Eigenthum. Zwar mußten sie die Belehnung mit dem Banne stets vom Kaiser nachsuchen; allein sie konnte ihnen nicht verweigert werden. Eben daher bildete auch die Gerichtsbarkeit das Hauptkennzeichen der Landeshoheit, deren Lehenbarkeit, sobald zwischen dem Belehnten und dem Kaiser kein Dritter in der Mitte stand, zur bloßen Form für eine der That nach souveräne Gewalt herabsank [124]). Soweit mithin jene Herrn ihr in Eigenthum verwandeltes Grafschaftsrecht mit Erfolg zu begründen vermochten, soweit stand ihnen auch der Blutbann in dieser Weise zu. Diese Begründung war nun aber freilich (s. o.) in vielen Fällen sehr bestritten, und, wo dieß der Fall war, da trat an die Stelle der geregelten Rechtspflege das Fehderecht. Ferner war die Gerichtsbarkeit, auch wo sie anerkannt wurde, keineswegs immer von gleichem Gehalt und Gewicht.

Die Landeshoheit war von Anfang an selbst ein Aggregat sehr verschiedenartiger Rechte, namentlich lehensherrlicher und schutzherrlicher [125]). Gegen Personen, die nur im Lehens- oder Dienstverbande standen, war natürlich die Gewalt des Landesherrn eine viel geringere, als gegen seine Schutzpflichtigen. Soweit jene nicht an

123) Pütter, hist. Entw. I. S. 211—214.
124) Eichhorn II. §. 290. 299. 300.
125) ebd. II. §. 299. III. §. 418.

seinem Hofe oder als Besatzung auf seinen Burgen dienten, sondern auf eigenen Höfen oder Burgen hausten, waren gerade sie es, welche das Werk der Fehde recht als Geschäft trieben, und der Blutbann wurde gegen sie nur in der Form des Kriegs gegen Geächtete praktisch. Auch die regelmäßige Rechtspflege über sie aber verlor durch die Einkleidung in die Formen des Lehenrechts an Nachdruck. Zwar trat ohne Zweifel gegenüber dem Landesherrn das Element der fides, daher auch der Begriff der Felonie in der Regel viel stärker hervor, als im Verhältnisse des Landesherrn selbst zum Kaiser, der immer mehr nur als primus inter pares erschien; allein nie konnte doch der Grundcharakter des Lehensverhältnisses als eines blos relativen, gegenseitigen, und darum auch lösbaren, ganz verwischt werden [126]. Die Ritter standen dem Landesherrn selbst als Grundbesitzer gegenüber, die neben ihrem Allodialbesitze nicht nur von ihm, sondern auch vom Reiche, von andern Herren, von Kirchen und Klöstern Güter zu Lehen trugen und auf diesen selbst, in größerem oder geringerem Umfange, Gerichtsbarkeit ausübten. Gerade der Ritterschaft und dem kleinen Herrenstande gegenüber gährte hauptsächlich der Streit um die Landeshoheit [127]. Während aber ein großer Theil des letzteren landläßig wurde, so gelang es umgekehrt einem großen Theile der ersteren, der Landsäßigkeit zu entgehen, und, troß des Lehensverhältnisses gegen benachbarte Landesherrn, sich reichsunmittelbar zu erhalten. Gegen sie hatten daher die Landesherrn keinen Blutbann, wenn sie nicht etwa ein kaiserliches Landgericht als Reichsvögte verwalteten [128]; gegen die Hintersaßen derselben hatten sie ihn zwar in der Regel, aber nur als Stellvertreter des Kaisers, nicht kraft ihrer Landeshoheit; hie und da hatten ihn aber auch die Ritter selbst [129], ganz oder theilweise. Jedenfalls wußten sie sich ihn nach und nach zu verschaffen, sowie sie sich selbst aller landesherrlichen Gerichtsbarkeit entzogen. Auch der Theil der Ritterschaft aber, welcher landsäßig wurde, erhielt jedenfalls eine andere Behandlung, als die Landsaßen geringeren Standes.

---

126) Pütter a. a. O. I. S. 257.

127) Eichhorn II. §. 303. not. d. III. §. 439. not. d. e. IV. §. 539.

128) ebd. III. §. 401. 409. 439.

129) Vertrag bei Schannat. C. prob. hist. Fuld. p. 333. Privil. Rudolphs II. bei Eichhorn IV. §. 539. n. f. h.

In allen Sachen, die das Lehens- oder Dienstverhältniß betrafen, oft auch in andern wichtigen Rechtsfällen saß der Landesherr selbst zu Gericht, d. h. er leitete das judicium parium [130]). Dieser privilegirte Gerichtsstand war aber nicht das Einzige; es verband sich damit ein privilegirtes materielles Recht der Ritterschaft. — Ordentlicher Weise stand dieselbe vor denjenigen landesherrlichen Gerichten zu Recht, welche das alte Gau- und Centgericht repräsentirten, so zwar, daß über Eigen und in Blutbannsachen nur in dem Gericht entschieden werden konnte, welches das ehmalige Gaugericht fortsetzte (Landgericht, Landvogtei) [131]). Nach den Spiegeln noch hatte sie hier schöffenbare Freie zu Genossen, d. h. gemeine Freie, die sich weder in den Ritterstand erhoben hatten, noch in den Bürgerstand übergegangen, noch in die Klasse der Vogteipflichtigen herabgedrückt worden waren. Bald aber zeigt sich ein veränderter Zustand, indem die gänzliche Auflösung des alten Freienstandes in Ritter-, Bürger- und Bauernstand vollendet erscheint. Damit entstand in der Ritterschaft natürlich das Bestreben, der Genossenschaft mit solchen ehmaligen Gemeinfreien sich zu entziehen, welche nicht in ihren Kreis übergetreten waren [132]). Entweder eximirte man dann die Ritterbürtigen von dem Cent(Vogt)gerichte, so daß nun das Landgericht das specifische Gericht für sie wurde, worauf dann meist das Weitere folgte, daß man die gesammte Gerichtsbarkeit über die Nichtritterbürtigen vom Landgerichte wegwies [133]); — oder man ließ Land- und Centgerichte in ihrem Bestande, und errichtete für die Ritterschaft eigene Hofgerichte [134]). Mit jenen gesäuberten Landgerichten oder diesen Hofgerichten fielen dann natürlicher Weise die Le-

---

130) Conr. II. Ed. de benef. Pertz IV. 39. Dipl. a. 1150 (Mart. et Dur. Coll. ampl. II. 608. Urk. 1294 bei Kuchenbecker An. hess. V. 184.

131) Const. Frid. II. de jur. princ. sec. Kopp, Heff. Ger.Vf.Urk. 56. Sächs. L.R. I. 2. 69. III. 25. Unger, altdeutsche Ger.Verf. S. 314 — 323. Zöpfl, Bamb. R. S. 89 — 99.

132) Eichhorn II. §. 337. 348. III. §. 419. 445. 446.

133) Roßhirt, Gesch. und Syst. I. S. 101. 102. 111. 112. 134. 135. 142. Zöpfl a. a. O. S. 89 — 99.

134) Eichhorn II. §. 302. Anm. v. Wächter, Wirt. Priv.R. I. S. 35. 36.

hengerichte der Ritterschaft zusammen, wodurch die Landgerichte, in welchen sie nicht mehr zu Recht stand, herunterkamen [135]). Der privilegirte Charakter des materiellen Rechts der Ritterschaft bestand aber darin, daß auch im Strafrechte das Schwanken der ganzen Stellung zwischen bloßer Lehensabhängigkeit und wahrer Unterthanschaft zu Tage kam. In Beziehung auf die Staatsverbrechen mußte jene Zeit sich sehr im Unklaren befinden, solang der Staatsbegriff zwischen Kaiserthum und Landeshoheit im Streit war [136]). Sie führten unfehlbar meistens zur Fehde; wo es aber zur gerichtlichen Verhandlung kam, trat wohl in der Regel das bloße Lehensstrafrecht ein, da die Uebertragung des Majestätsbegriffs auf die Landesherrn am längsten Anstand fand. In Beziehung auf andere Verbrechen stand die Ritterschaft unstreitig unter dem Blutbann der Landesherrn, und zwar die landsäßige unter dem landesherrlichen als solchem. Allein eben für sie erhielt sich der Grundsatz der Lösbarkeit der öffentlichen Strafe am längsten, — nicht ausschließlich, aber doch als Regel, die sich eben aus dem loseren Staatsverbande der Ritterschaft erklärt [137]). Ohne Zweifel war das Verhältniß an verschiedenen Orten verschieden. Die älteren Dienstrechte zeigen eine theilweise strengere Behandlung, namentlich der Ministerialen [138]); und eine solche stärkere Abhängigkeit erhielt sich auch wohl in größeren Territorien, wo der Landesherr von dem guten Willen der Ritterschaft weniger abhängig war. Allein die Regel war, daß der Unterschied freier und unfreier Dienstmannen immer mehr verschwand [139]). Durch die Bedeutung ihrer socialen Stellung erhob sich die Ritterschaft zu einer Macht, die alle Anstalt traf, dem Herrenstand auf dem Wege zur Selbstherrlichkeit nachzufolgen [140]). Eben dadurch mußte dann, namentlich seit dem Gelingen des Bestrebens der Reichsritterschaft in einem Theile von Deutschland, in den Landesherrn die Besorgniß entstehen, ihre landsäßige Ritterschaft möchte das Beispiel nachahmen

---

135) Unger a. a. O. S. 319. 333—338.

136) Arg. Gold. B. und P.G.O.

137) Const. pac. a. 1085. Pertz IV. 56. 58. Roßhirt I. 126. Zöpfl, Bamb. S. S. 17. 18. m. nr. 54. 55. Bamb. H.G.O. Art. 272.

138) Fürth, d. Minister.Anh. Schwäb. L.R. 158. Lehen-R. 111.

139) Eichhorn II. §. 344. III. §. 445.

140) Zöpfl, R.G. 1. S. 79.

wollen[141]). Dadurch, wie durch die Nothwendigkeit, den niedern Adel als Gegengewicht gegen den städtischen Republikanismus zu gebrauchen[142]), sahen sich die Landesherrn genöthigt, die Ritterschaft auch im Strafrecht als eine privilegirte Klasse zu behandeln. Sie ließen daher ihr gegenüber den Widerspruch fortdauern, der schon in der karolingischen Zeit in der Zwitternatur der königlichen Strafgewalt lag. Sie konnte auch die Strafen an Hals und Hand abkaufen, so zwar, daß ein Theil des Sühngelds an den Verletzten oder seine Familie in der Bedeutung einer Komposition, der andre an den Landesherrn als ein Surrogat der Königsbuße (d. h. als ein Zwitterding von Friedensgeld und Buße) fiel[143]). In dieser Sphäre zeigt sich mithin statt eines Fortschritts das Festhalten am alten unreifen, dem Princip des Lehenstaats übrigens entsprechenden, Gebrauche, der denn auch in dem betreffenden Strafverfahren, namentlich im Beibehalten des Zweikampfs und des übrigen alten Beweisverfahrens, in der Wendung, die hier der Inzichtproceß nahm rc.[144]), sein entsprechendes Gegenstück fand. Nur insofern ist auch hier ein Fortschritt zu bemerken, als der, anderswo verschwindende, Begriff der sühnbaren Missethaten sich auch hier nach und nach verlor, d. h. daß man einsah, es sollte eigentlich öffentliche Strafe erfolgen, und die Sühne mit dem Verletzten oder seiner Familie daher mittelst gütlichen Vergleichs zu erzielen suchte, hiemit aber den Grundsatz der Lösbarkeit als Ausnahme und Privilegium anerkannte.

Den Gegensatz gegen dieses laxe Strafrecht bildete das Strafrecht derjenigen Gerichte, vor welchen die nichtprivilegirten Hintersaßen zu Recht standen. Am entschiedensten da, wo sich diese Gerichtsbarkeit an die alte grundherrliche und die daraus hervorgebil-

141) Eichhorn III. §. 439. not. d.

142) Hagen Hall. Lit. Ztg. 1846. nr. 105

143) Zöpfl, Bamb. R. a. a. O. Warnkönig flandr. R. G. III. S. 164—166. 194—198 und §. 41. Urk. bei Neug. nr. 910. 941.

144) Roßhirt a. a. O. I. S. 122—127. Zöpfl a. a. O. S. 150—154. Ritz, Urk. des Niederrheins. S. 56. 57. Warnkönig a. a. O. III. S. 298—300. Thomas a. a. O. S. 38—41.

dete Immunitätsgerichtsbarkeit anschloß [145]), sodann aber auch da, wo sie aus der alten Gau- und Centgerichtsverfassung hervorgegangen war, sofern hier (s. o.) eine allmälige Ausscheidung des Ritterstandes vor sich ging, und infolge davon alles übrige Volk in gemeinschaftliche Gerichte (Aemter, Centgerichte, Malefizgerichte rc.) zusammen verwiesen wurde. Wenn die Ausgleichung des Verhältnisses der aus dem Freienstand Herabgesunkenen mit dem der Unfreien den Letzteren zu Gut kam [146]), so ward umgekehrt das Loos der Ersteren verschlimmert, sofern sie in eine mannigfach abgestufte Abhängigkeit kamen, die sich mehr und mehr dem bloß auf Gnade beruhenden Hörigkeitsverhältnisse näherte [147]). Unter der vieldeutigen Bezeichnung der Vogtei verwischten sich allmälig eine Reihe früherer Unterschiede [148]). So geschah es, daß freie und hörige Bauern allmälig ziemlich in das gleiche Verhältniß kamen. Besonders aber diente die gleichmäßige Unterwerfung unter die Landeshoheit dazu, den Zustand beider Klassen auszugleichen. Die Macht des Grundbesitzes bewirkte langsam, aber unaufhaltsam diese Umgestaltung, vermöge deren die alten Begriffe von Freiheit und Unfreiheit unverständlich wurden, und alle diejenigen, welche aus irgend einem Grunde eine dingliche oder persönliche Abhängigkeit von einem größeren Grundbesitzer anerkennen mußten, ohne sich in den Ritterstand erhoben zu haben, in ein Unterordnungsverhältniß zu demselben kamen, das sie einem obrigkeitlichen Zwange unterwarf.

Alle Gerichte dieser Sphäre trugen mithin den obrigkeitlichen Typus [149]) an sich, und zwar so, daß der Blutbann als Eigenthumsrecht ausgeübt wurde. Hier setzte sich das obrigkeitliche Strafrecht der karolingischen Zeit fort, und zwar in gesteigerter Potenz, sofern es das hofrechtliche Element in sich aufnahm, mithin die politische Unterthänigkeit zugleich mehr oder weniger den Charakter privatrechtlicher Abhängigkeit an sich trug. Freilich läßt sich gerade hier am wenigsten Gleichförmigkeit erwarten, da die ganze Entwick-

---

145) Eichhorn II. §. 302.

146) Schwäb. L.R. 73. Bluntschli I. S. 97.

147) Urk. bei Kindlinger, Gesch. d. Hörigkeit. S. 274. 541. 665.

148) Eichhorn II. §. 299. 337. 339. 343. 368. III. §. 448. Kraut, Grundriß §. 16.

149) Stein III. S. 170—187.

lung die verschiedensten Modifikationen zuließ je nach den Elementen, woraus das Territorium entstanden war, und je nachdem die eine oder andre gesellschaftliche Mischung darin vorherrschte, wozu dann kommt, daß gerade bei dieser Gerichtsbarkeit am meisten von der Willkür der Herrschaft und den sie bestimmenden Umständen abhing, dagegen die Autonomie der Schöffen, wenigstens in Strafsachen, den geringsten Spielraum hatte, wie denn auch die gesammte gesellschaftliche Lage der betreffenden Volksklasse die Entwicklung eines gebieterischen Standesgeistes keineswegs begünstigte. Oft mochte die Politik einer erst allmälig sich festsetzenden Herrschaft fordern, Einräumungen an die Erinnerungen des alten Volksrechts zu machen. Auch war es natürlich, daß solche Herrschaften, denen nicht die volle Strafgerichtsbarkeit zustand, in ihren Kreis so viel als möglich zu ziehen und dadurch den vorbehaltenen Blutbann möglichst zu schmälern suchten, wovon dann wiederum eine freiere Gestaltung des Strafrechts die Folge war [150]).

Trotzdem wird es als Regel gelten können, daß diese Gerichte gerade den Gegensatz zu den zuvorgeschilderten bildeten. Während dort auch die unsühnbaren Missethaten zu sühnbaren wurden und eben damit dieser Unterschied sich eigentlich verlor, so gingen hier umgekehrt die sühnbaren allmälig in die Klasse der unsühnbaren über, — zunächst auf indirekte Weise, sofern hier in der Regel im einzelnen Falle die Möglichkeit der Lösung oder der Gebrauch, sie anzunehmen, wegfiel [151]), daher auch da, wo Buße und Wette vorgeschrieben war, der That nach doch eine öffentliche Strafe zum Vollzuge kam. Sodann aber ging der Begriff der Buße selbst, wo sie noch vorkam, bei diesen Gerichten früher, als anderswo, in den einer eigentlichen (Geld=) Strafe über, indem hier der privatrechtliche Gesichtspunkt, daß der Herr selbst durch das Vergehen verletzt sei, sich mit der Entwicklung der Landeshoheit in den Gesichtspunkt auflöste, daß die Verletzung des Herrn eine Verletzung der Herrschaft und ihres obrigkeitlichen Rechtes sei. Diese Strafe sollte daher auch dann bezahlt werden, wenn die Partieen sich gütlich verglichen, woran sich dann das amtliche Klagerecht des Beamten

150) Bluntschli I. S. 198. 242.

151) Zöpfl, Bamb. R. S. 110. not. 9. Bluntschli I. S. 241. 242. 492

schloß [152]). Der gedachte Uebergang erklärt dann zugleich, warum nicht selten auch bei diesen Gerichten der größte Theil der Strafen in Geldstrafen besteht [153]). Dieß hat hier aber eben einen andern Grund, als bei den Gerichten des Ritterstandes. Bei den letzteren wog der Begriff der Komposition vor, und die Buße an den Verletzten oder seine Vertreter erschien als die Hauptsache; bei den erstern dagegen überwog der Begriff der emenda, der Buße an die herrschaftliche Obrigkeit, — freilich auch noch ein Zwitterding zwischen Staats- und Privatrecht, — woraus sich aber leicht der reine Begriff der Geldstrafe entwickelte, der sich sofort andern Strafen substituiren ließ [154]).

Uebrigens war auch hier der Unterschied von Frankreich scharf ausgesprochen. Hier war Alles in Grundherrlichkeit und Vasallenthum aufgelöst. Daher mußte innerhalb der Baronieen der hofrechtliche Charakter des Strafrechts auf's Schärfste hervortreten; die hohe Gerichtsbarkeit erschien ganz und gar als Eigenthum des Grundherrn, und die Acht, als Strafe des Ungehorsamen, wurde nur zur Verbannung aus dem Gebiete des Herrn. Dagegen ist in Deutschland der Blutbann, obwohl er, wie die Grafschaft überhaupt, in erblichen und eigenen Besitz überging, doch niemals ganz von der Idee der Staatsgewalt abgelöst worden, was sich in dem Grundsatz darstellte, daß den Blutbann Niemand ausüben könne, der nicht seine Gewalt unmittelbar vom Kaiser selbst ableite [155]). Auch die Strafgewalt des Centenars wurde stets als ein von höherer Staatsgewalt verliehenes Recht betrachtet [156]). Aber freilich bestand nicht nur daneben eine wirkliche grundherrliche Gerichtsbarkeit, die auch eine gewisse beschränkte Strafgewalt umfaßte [157]), sondern es gingen auch jene Aemter allmälig in erblichen und eigenen Besitz über [158]), und die darin liegende Gewalt diente dazu, die Untergebenen in eine

152) Bluntschli I. S. 240—242. 407. Warnkönig, flandr. R.G. III. S 162. 230.
153) Eichhorn III. §. 459. not b. Bluntschli II. S. 49—53.
154) Bluntschli I. S. 407. vgl. S. 365.
155) Schwäb. L.R. 115.
156) Bluntschli I. S. 218—232.
157) Ebd. I. S. 246. 247.
158) Ebd. I. S. 200. 217. 218. Urk a. 1249 bei Neug. nr. 41.

Abhängigkeit zu bringen, die weder rein privatrechtlicher, noch rein staatsrechtlicher Natur war. Immerhin aber verschwand der staatsrechtliche Charakter des Verhältnisses nie ganz, indem in der Zeit, als die Landesherrn anfingen, den Blutbann auch ohne kaiserliche Belehnung weiter zu übertragen [159]), eben nur die Staatsgewalt selbst allmälig vom Kaiserthum sich ablöste und an die Landesherrn überging. In Deutschland wurde daher die Strafgerichtsbarkeit niemals absolut konnex mit der Grundherrschaft [160]), konnte daher auch nie ganz in den Typus des Hofrechts aufgehen; insbesondere blieb die Acht stets ein allgemeines Staatsinstitut, indem sie zwar allerdings zunächst auf den Gerichtssprengel des Richters, der die Verfestung aussprach, beschränkt war, sofort aber an den höheren Richter und zuletzt an den König gebracht, d. h. in die Reichsacht verwandelt werden mußte [161]).

So gewiß aber diese Gerichtsbarkeit zum Vehikel der Entwicklung einer wahren Staatsstrafjustiz diente, so geschah dieß doch nur durch Vermittlung des Feudalsystems. Dadurch bestimmte sich die schwankende, nach örtlichen Verschiedenheiten sich modificirende Natur des ganzen Verhältnisses, in welchem nur die abstrakte Unterscheidung des Unsühnbaren und Sühnbaren fest, alles Uebrige aber fließend blieb [162]). Daher zeigen beide Kategorieen an verschiedenen Orten den verschiedensten Inhalt und Umfang. Denn es kam darauf an, ob der Blutbann Ausfluß einer ehmaligen Gaugrafschaft oder Folge eines mit Grafschaftsrecht versehenen Immunitätsrechts war, — ob die Dingpflichtigen der einen oder der andern der sich allmälig befestigenden Klassen der Gesellschaft angehörten, — ob der Landesherr den Blutbann selbst ausübte oder weiter verliehen hatte, wo denn wieder in der Gerichtsbarkeit des Belehnten das öffentlichrechtliche oder das privatrechtliche Element vorschlagen konnte. Ferner war von Anfang an keineswegs alle Strafgerichtsbarkeit im Blutbann enthalten, sondern ein Theil davon in der Gewalt des Cen-

---

159) Eichhorn III. §. 419. not. v.

160) Urk. a. 1225 bei Neug. nr. 910. Bluntschli I. S. 198.

161) Sächs. L.R. III. 24. 34. Richtst. L.R. I. 51.

162) Zöpfl, Bamb. R. §. 29—32. Dreyer, Nebenst. S. 69—72. Guden C. dipl. I. p. 694. Grupen obs. p. 122. 442.

tenars, ein andrer in der Grundherrschaft ꝛc. gelegen[163]). Seit nun die Verwandlung der Amtsrechte in Privatrechte an die Tagesordnung kam, bildeten sich die verschiedensten Uebergänge und Mittelverhältnisse. Bald blieb der Blutbann in seinem vollen Gehalte bestehen, bald wurde er durch die niedere Gerichtsbarkeit in verschiedenen Graden geschmälert, oft zum bloßen Reservat-, ja Scheinrechte herabgebracht. Hie und da kam er an eine Grundherrschaft, ohne daß diese zugleich die Strafgewalt des Centgrafen erwarb[164]). Die verschiedenen, an sich unbestimmten, Grade der Strafgerichtsbarkeit konnten den verschiedensten Mächten zustehen, deren kriminalistische Energie sich ganz nach ihren gesellschaftlichen Verhältnissen bestimmte. Solange aber der Charakter des ganzen Rechts noch nicht entschieden im Begriff der Landeshoheit aufging, blieb auch der Grundsatz der Ablösbarkeit wenigstens theilweise noch bestehen (wie auch Blutrache, gütlicher Vergleich ꝛc.), obgleich im Ganzen die umgekehrte Maxime herrschte.

Jedenfalls aber war diese Strafgerichtsbarkeit weit früher, als die der höheren Gerichte, zur Entwicklung größerer Energie geeignet, was besonders auch im Strafverfahren hervortritt. Hier findet sich frühe, daß um unehrlicher Sachen willen kein Vergleich mehr zugelassen, daß bei ehrlichen, wo er noch vorkommt, jedenfalls dem Vogt seine Buße versichert, daß sofort der Verletzte zur Klage genöthigt oder der Beamte zur Klage von Amtswegen angehalten wird[165]). Es war hier mithin das Auftreten des inquisitorischen Princips, das bisher nur vereinzelt (in den Send-, Rüge-, Vehmgerichten) vorgekommen war, früher möglich, als in den Gerichten über Rittermäßige. Zugleich erlitt in jenen Gerichten das Beweisverfahren früher eine Aenderung, namentlich verschwand das Kampfrecht aus ihnen bei Zeiten[166]). Ferner erhielt bei ihnen das Strafrecht einen viel größeren Umfang, eben weil seine Ausübung bald

---

163) Eichhorn II. §. 302—348. Bluntschli I. S. 198—200. 217—232. Schneidt, Thes. j. franc. I. 3303. II. 583 f. Warnkönig, Flandr. R.G. III. 166. 167. 270.

164) Bluntschli I. S. 223 (Offn. v. Meiler).

165) Bluntschli I. S. 243.

166) II. Feud. 27. § 3. 5. Sächs. L.R. II. 71. vgl. I. 2. III. 65. Kais. R. IV. 1. 19. Schneidt, Thes. j. franc. II. 3, 585. 590—603.

nicht mehr von der Klage des Verletzten abhängig gemacht, sondern als eine Sache guter Polizei betrachtet wurde.

Nur freilich mußte zugleich die Ablösung die Gerichte von denen über die Privilegirten bei jenen einen Geist der Willkür in der Verwaltung herbeiführen, der um so drückender war, jemehr jene Klasse unter der Herrschaft des Fehderechts überhaupt schutzlos, ohne Vertretung, ohne Theilnahme an den Vortheilen des Associationsprincips, an verschiedenen Orten der verschiedensten Behandlung ausgesetzt, und durchgängig die Lastträgerin für die gesammte Gesellschaft blieb. Dieser Zustand war um so schlimmer, je mehr gerade das Recht dieser Klasse der Lokalisirung ausgesetzt, je unbestimmter das auf Tradition beruhende Landrecht, und je gefährlicher diese Unbestimmtheit gerade für diejenigen wurde, deren Autonomie neben dem Rechte der Obrigkeit nur als das Sekundäre herging.

Eine Verbesserung konnte nicht anders erfolgen, als wenn die Landeshoheit, deren Wachsthum durch die Unterdrückung dieser Klasse befördert, ja hervorgerufen worden war, noch nachdrücklicher auftrat und auch den Privilegirten ihr Joch auflegte [167]). Denn hiemit wurde sie das Organ für den Begriff des modernen Staats, der in Deutschland nur in der Potenz der Vielheit sich gestalten konnte, und hiezu gerade in der Entstehung der Landstände, d. h. in der Koncentration der verschiedenen Volksklassen um bestimmte territoriale Mittelpunkte den Anfang machte [168]). Freilich hätten aber so schroff geschiedene Klassen, wie Ritterschaft und Vogteipflichtige, sich nicht zusammenfinden können, wenn nicht ein Mittelglied zwischen ihnen bestanden hätte, — die Städte.

4.

Von diesen muß daher noch die Rede sein, während die Bedeutung der Kirche für das Strafrecht einer eigenen Darstellung überlassen bleiben mag.

Die Städte standen zwischen den beiden Schichten des Lehenstaats, den Herrschenden und den Dienenden, als eine Mittelmacht, welche die Wiege für die Idee des modernen Staatsbürgerthums wurde. Diese Stellung drückte sich auch in dem auf dem Boden der Städte-

167) Eichhorn II. §. 423.

168) Ebd. III. §. 423—427. v. Löw, §. 60.

freiheit sich entwickelnden Strafrechte aus. Aber, wie die Städte selbst die gedachte Stellung nicht sogleich und nicht alle in gleichem Maße, sondern nur in langen Kämpfen und in verschiedenen Abstufungen errangen, so zeigt sich dieselbe Allmäligkeit und Mannigfaltigkeit auch in der Geschichte ihres Strafrechts.

Was nun zunächst diejenigen Städte betrifft, welche, des Hebels einer mächtigen Industrie entbehrend, früher oder später das Loos hatten, im strengen Sinne landsäßig zu werden (wenn sie es nicht durch die Art ihrer Gründung von Anfang an schon gewesen waren), so bieten sie nichts Besonderes dar, fallen vielmehr im Wesentlichen in die vorige Sphäre, nur daß bei ihnen jedenfalls die Energie des obrigkeitlichen Zwangs geringer sein, und schon wegen der mit allem Städtewesen verbundenen eigenthümlichen Stellung des Raths und der mehr oder minder entwickelten Gemeinderechte ein mannigfaltig abgestufter Uebergang zu den wirklich souveränen oder doch nur in loser [169]) Verbindung mit den Landesherrn stehenden Städten stattfinden mußte. Zum Beispiel können die wirtembergischen Städte dienen, welche bei ihrer späten Bildung und Unbedeutenheit sich trotz aller inneren Freiheit von der landesherrlichen Vogtei nicht frei erhalten konnten, daher auch die Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit durchaus nur als Organe des Landesherrn unter landesherrlichen Vögten erhielten, ohne eine autonomische Gesetzgebung, noch eine Verschmelzung der sämmtlichen Einwohner in diesem Gebiete erreichen zu können, daher denn auch der Städtebürger- und der Bauernstand in ihren Rechten im Ganzen auf der gleichen Stufe standen [170]).

Um so eigenthümlicher war der Entwicklungsgang derjenigen Städte, welche sich dem Rechte, oder wenigstens der That nach zur Selbstherrlichkeit aufzuschwingen vermochten (wenn gleich viele derselben sich späterhin einem bestimmteren landesherrlichen Zwange unterwerfen mußten).

Ihr Bestreben war, sich von den Fesseln des Lehensstaats zu emancipiren und zu selbstgesetzgebenden und sichselbstverwaltenden Körperschaften zu machen. Dazu gehörte wesentlich das Streben,

---

169) Eichhorn III. §. 431. Donandt I. S. 52—59. 224—226. Sartorius, Gesch. d. hans. Bundes. II. S. 186 f.

170) v. Wächter Wirt. Priv.R. I. S. 36. 42—48. 151. 152.

ein eigenes Gemeindegericht und Gemeindestrafrecht zu erlangen, wozu insbesonder theils das Bedürfniß, der willkürlichen herrschaftlichen Bußsätze und überhaupt des mit der herrschaftlichen Ausübung des Strafrechts verbundenen obrigkeitlichen Zwangs los zu werden [171]), theils das immer lebhaftere Bewußtsein drängte, daß jedes Verbrechen gegen das einzelne Mitglied der Gemeinde eine Verletzung des Gemeindelebens selbst enthalte. Dazu kam, daß durch die Entwicklung dieses Gemeindelebens selbst eine Reihe von Vergehen erst entstand, oder wenigstens eine ganz neue Bedeutung erhielt, wogegen eben nur die Gemeinde als solche die Reaktion übernehmen konnte. Indessen errangen die Städte gerade die Ausübung des Blutbanns erst später, und das besondre Gemeindestrafrecht bildete sich nur allmälig aus widerstreitenden Elementen hervor.

Bürgerliche Gerichtsbarkeit wurde ihnen in der Regel früher zu Theil. Ueberhaupt nämlich ging diese leichter und in größerem Maße von den Inhabern der hohen Justiz an die der niedern über. Zwar sollte über das Eigen freier Leute nur im Gaugericht oder dem seine Stelle vertretenden Landgericht erkannt werden. Allein durch die Umwälzung der Standes- und Besitzverhältnisse war eine große Masse von Grundbesitz in abgeleiteten oder halbfreien verwandelt und der grundherrlichen Gerichtsbarkeit unterworfen worden [172]). Besonders war es auch den Inhabern alter Centgrafschaften (Vögten) mit dem Erblichwerden ihrer Gewalt allmälig gelungen, ihre Dingpflichtigen auch mit ihrem Eigen in eine dem grundherrlichen Verhältnisse analoge Abhängigkeit von sich zu bringen [173]). Noch leichter ging diese Schmälerung der hohen Gerichtsbarkeit in den Städten vor sich, je mehr in Folge der Entwicklung der städtischen Freiheit und Verfassung der Unterschied zwischen freiem und abgeleitetem Besitz sich verlor. Wo, wie in Zürich, das alte Centgrafenamt im Schultheissenamt sich fortsetzte, da dehnte sich die Kompetenz dieser Behörde bald über den ehmaligen Geschäftskreis des Centenars aus, so daß ihrer Gerichtsbarkeit nicht nur Geldschulden und kleinere Frevel, sondern auch Streitigkeiten über Eigen und

171) Donandt I. S. 216—220.

172) Bluntschli I. S. 215.

173) eb. I. S. 225—231.

Erbe unterworfen wurden [174]). Dieß war aber lediglich ein Gewinn für den städtischen Rath, der einen stets wachsenden Einfluß auf das Schultheissengericht ausübte, bis sich sogar die Ansicht ausbildete, daß er über demselben als höhere Instanz stehe. Dasselbe erfolgte aber auch, wo, wie in Bremen, in demselben Beamten die Gewalt des Grafen und des Centenars vereinigt war [175]). Zunächst finden sich nämlich schon frühe Rathmannen als kontrolirende Beisitzer des Vogtgerichts [176]); bald aber entstand der Gebrauch, von ihnen, als den Kundigsten, Rechtsbelehrungen einzuholen. Eine eigentliche Gerichtsbarkeit des Raths entwickelte sich sofort aus seinen polizeilichen Befugnissen, insbesondre seiner Kognition über Polizeiübertretungen, seiner Aufsicht über alle Anstalten des städtischen Wohls und die städtischen Grundstücke, seinem Rechte, die Urtheile des Vogtsgerichts vollstrecken zu lassen, woraus sich eine Appellationsinstanz entwickelte, bis denn aus der Sitte, den Rath als Schiedsgericht anzugehen, sich auch eine ordentliche Kompetenz desselben in erster Instanz bildete, und hiernach die Civiljustiz des Vogtgerichts allmälig unterging [177]).

Den Blutbann zu erwerben, gelang schwerer. In der Regel behielt sich auch hier, bei Veräußerung der Vogtei, den letzteren jedenfalls der Landesherr (oder der Kaiser für den Reichsvogt) bevor [178]). So hatte auch z. B. in Zürich nur der Reichsvogt das Blutgericht, in welchem nicht der Rath als solcher das Urtheil fand. Ebenso in Bremen [179]). Der Grund lag in der Wichtigkeit dieses Gerichts, die eine feierliche Hegung desselben im Namen des Kaisers selbst verlangte, und in seiner Bedeutung als Kennzeichen der Landeshoheit. Gleichwohl ward diese Beschränkung in den Städten allmälig zum leeren Scheine [180]). Zunächst findet sich, daß auch auf

174) eb. I. S. 174—176. vgl. Eichhorn, Zeitschr. I. S. 221.

175) Donandt I. S. 148 - 166. vgl. Zöpfl, Bamb. R. S. 51—59.

176) Donandt I. S. 148. not. 215.

177) J. Lub. a. 1235. bei Westphalen III. c. 623. Hamb. R. a. 1270. VI. 10. eb. IV. c. 300. Donandt I. S. 152. n. 223. Bluntschli I. S. 172. 173. not. 126 - 128.

178) Urk. bei Neug. nr. 910. 941.

179) Bluntschli I. S. 165. 166. Donandt S. 166—201.

180) Vgl. Bluntschli I. S. 372.

die Verwaltung der peinlichen Gerichtsbarkeit der Rath theils infolge seiner ursprünglichen Bedeutung, theils infolge seiner immermehr wachsenden Gewalt stets größeren Einfluß erhielt. Auch in peinlichen Sachen hatte er die Vermuthung der praktischen Rechtskunde für sich, und es machte sich von selbst, daß er von dem landesherrlichen Beamten zur Findung des Urtheils aufgefordert wurde [181]). Er hatte aber auch die passendsten Mittel, um sich direkt in die peinliche Rechtspflege einzuführen.

Vermöge des herrschenden Bußsystems gehörte nämlich eine Menge von Vergehen überall nicht vor den Inhaber des Blutbanns, sondern vor den Centenar oder die, welche in seine Stelle einrückten, wie ja auch eine gewisse geringere Strafjustiz sich mit der grundherrlichen Gerichtsbarkeit verbunden hatte [182]). Hier erlangte aber der Rath eben damit Eingang, daß er überhaupt auf die niedre Gerichtsbarkeit Einfluß erhielt. Wichtiger und umfangreicher jedoch wurde seine Bedeutung dadurch, daß er von Anfang an als Polizeibehörde auftrat, und daß das städtische Gemeindeleben eine Menge von Verhältnissen erst hervorrief, worüber die Kognition nur an den Rath kommen konnte. Dahin gehörte die Sicherheitspolizei und das damit zusammenhängende Geleitsrecht, die Nothwendigkeit, die Strafen durch den Rath vollstrecken zu lassen, woraus sich eine Art von Begnadigungsrecht für ihn entwickelte, was noch überdieß in der von der polizeilichen Stellung des Raths ausgehenden peinlichen Gesetzgebung desselben Unterstützung fand [183]). Allerdings konnte sich die Strafrechtspflege des Raths in dieser Richtung zunächst nur auf das specifische Städteleben, besonders das Gewerbe- und Handelswesen beziehen. Allein er griff bald über diesen Kreis hinaus und zog allmälig eins nach dem andern von dem an sich, was dem Gerichte des landesherrlichen Beamten oder des Reichsvogts angehörte. So zog z. B. der Rath zu Zürich selbst den Mord an sich, indem er Verweisung und Konfiskation dafür festsetzte und durch die rasche Vollziehung seiner Strafe den Verbrecher indirekt dem kompetenten Gerichte entzog, dessen Einschreiten, wenn es dazu gekommen wäre, er nicht wohl hätte verhindern können [184]). Alles zu bestrafen, was

181) Donandt I. 171. not. 256. Bluntschli I. 394 395.
182) Bluntschli I. S. 216. 217. 222. 223.
183) Donandt I. S. 172. 173.
184) Zürch. Richtebr. I. 1. Bluntschli I. S. 167.

Nutzen und Ehre der Stadt zu bestrafen fordre, war das vielsagende Princip des Raths, der sich für jeden Uebergriff auf seine Pflicht, für die Aufrechterhaltung der inneren Ordnung der Stadt zu sorgen, berufen konnte, und den Schein der Gesetzlichkeit dadurch zu wahren suchte, daß er nicht Strafen an Hals und Hand, sondern Geldbußen, Verbannung, Zerstörung des Hauses des Verbrechers, androhte [185]). Jemehr dann im Uebrigen alle faktische Gewalt an den Rath kam, um so natürlicher war es, daß das Blutgericht des Land- oder Reichsvogts immer mehr in den Schatten trat und endlich zur leeren Form herabsank. Das Gegentheil fand natürlich dann statt, wenn die Stadt mehr und mehr unter wahre Landeshoheit kam [186]).

Die Strafjustiz der städtischen Räthe bildete sich jedoch nur allmälig aus widerstreitenden Elementen heraus [187]). Von Anfang an war das städtische Strafrecht kein andres, als das allgemeine deutsche, d. h. jene eigenthümliche Mischung verschiedener Strafsysteme, deren Anwendung sich nach dem Stand und Vermögen der straffälligen Personen, wie nach dem Grade der entwickelten Staatsgewalt der Gerichtsherrschaft richtete. Anfangs bestanden daher wohl in den Städten mehrere Systeme neben und nach einander. Die Lehensherrn suchten die Städte dem Hofrechte zu unterwerfen, womit die Tendenz zu strengen öffentlichen Strafen gegeben war [188]). Die Erkämpfung der städtischen Freiheit brachte aber zunächst die ritterlichen Geschlechter an's Ruder, womit das Princip des Lehensstrafrechts in den Städten Eingang erhielt. Wie denn die vollständige Durchsetzung des Korporativstaatsbegriffs die Uebrrwindung jenes aristokratischen Elements überhaupt voraussetzte, so erscheint auch die Entwicklung des eigentlichen städtischen Strafrechts als ein Moment ihres Kampfs gegen das in sie eingedrungene Ritterthum [189]).

Den Kern der Gemeinden bildeten die mit Grundstücken ansäßigen, wenn auch nicht schöffenfreien, Gemeinfreien, die eben

185) Jäger, Schwäb. Städtewesen I. S. 120. 121.

186) Zöpfl, Bamb. R. S. 59. vgl. Warnkönig, flandr. R.-G. III. §. 19. 27. 41.

187) Donandt II. S. 260. 305—307.

188) Thomas, Oberh. v. Frankf. S. 88. 89.

189) Ebd. §. 7—9.

durch die Erlangung des Schöffenamts in den städtischen Gerichten und durch die Bewahrung der Waffenfähigkeit [190]) den alten schöffenfreien (rittermäßigen) Geschlechtern näher traten und daher auch bald durch den Hinzutritt vieler von den letztern verstärkt wurden. Diese ritterlichen Bürger standen nun zwar im Range über den übrigen Bürgern, gehörten aber gleichwohl zu demselben Stande mit ihnen [191]). Dagegen standen beide Klassen zusammen sehr scharf abgeschieden der bloßen Einwohnerschaft gegenüber, deren Kern der Handwerkerstand ausmachte. Das Hereinreichen jenes patrizischen Elements, so blutige Kämpfe später seine Ueberwindung kostete, hatte von Anfang an seine großen Vortheile für die Städte, indem die zu Bestehung der Befreiungskämpfe gegen den Lehensstaat unentbehrliche Waffenfähigkeit der Bürger daran seine wesentliche Stütze hatte [192]). Freilich legte es aber auch ein Ferment in das städtische Leben, das erst ausgähren mußte, wenn dessen staatsbildendes Princip sich mit voller Gewalt entwickeln sollte.

Dieß erhellt am besten aus der Geschichte der flandrischen Städte, in welchen dieses Princip früher, und noch dazu unter kräftiger Unterstützung von Seiten der Landeshoheit sich geltend machte [193]). Auch hier zeigt sich nämlich gleichwohl längere Zeit ein Schwanken zwischen dem Rechte des Ritterthums und dem aus dem städtischen Leben sich hervorbildenden neuen Rechte, — ein Schwanken, das die Städte hie und da, wenn auch mit sichtlichem Widerstreben, zu offenbaren Rückschritten führte. Dasselbe zeigt sich denn auch in Deutschland, an verschiedenen Orten unter verschiedenen Modifikationen. Als Beispiel kann Bremen dienen. Hier finden sich, wie in ältern Stadtrechten, eigenthümliche Vorschriften darüber, wie der Rath Streitigkeiten unter Bürgern sogleich zu wehren habe, um

---

190) Sächs. Weichb. Art. 3. 10. 16. 33. 35. Bluntschli I. 125. 126. 376—378.

191) Urk. a. 1277. bei Puffend. II. 268. Zürch. Richtebr. I. 15. III. 27. bei Bluntschli I. 143. 144. Stadtr. v. Kolm. bei Schöpflin II. 58.

192) Gött. Stat. Art. 45. bei Puffend. III. 159. Donandt S. 105. 111—115. 226—228. II. 63. v. 9.

193) Thomas a. a. O. S. 36. 37. 41—49. Warnkönig III. Kap. 2. 3.

größeren Unruhen vorzubeugen. Es erhellt daraus [194]), daß hier bei den Verbrechen gegen die Person noch das alte Recht der Selbsthilfe galt, das aus Verletzungen einzelner Bürger wahre Familienfehden entstehen ließ [195]). Dieses Uebel wurde durch die inneren Kämpfe, welche die Entwicklung der Städteverfassung mit sich führte, so gesteigert, daß Anstalten, um seine Quellen zu verstopfen, dringendes Bedürfniß wurden. Gerade die getroffenen Anstalten zeigen aber, wie tief diese Quellen lagen, und wie ängstlich man den ritterlichen Standesgeist schonen mußte. Das Hauptbestreben ging dahin, die Streitenden selbst zu versöhnen, um späterer Selbstrache vorzubeugen. Die Verwandten wagte man nicht direkt am Einschreiten zu verhindern, und glaubte überhaupt die ganze Sache nicht als gerichtliche, sondern als eigentliche Staatsangelegenheit behandeln zu müssen. Das betr. Statut zeigt sich schon als Frucht des Kampfs der Innungen und der Geschlechter; daher direkte und indirekte Zwangsmaßregeln mancher Art darin vorkommen. Immer mehr trat aber die Gemeinde schlichtend an die Stelle der Familien. Besonders entwickelte sich nach und nach in den Städten ein Mittleres zwischen öffentlicher Strafe und gütlicher Abfindung, — die Stadtverweisung [196]), unter Androhung der Rechtlosigkeit für den Fall der Rückkehr zur Zeit der Verbannung. Zwar erhielt sich die Sitte der Theidigung, auch bei schweren Missethaten, noch lange; die Neigung dazu lag aber weniger in einem Mangel an Energie, als in dem Interesse der Stadträthe [197]), auf indirektem Wege die Blutbannsfälle an sich zu ziehen; auch nahmen sie es mit den Bedingungen sehr streng [198]).

Mit dem Hinüberreichen des Ritterthums in das Städtewesen hängt es denn auch zusammen, wenn sich das Bußsystem in den Städten noch längere Zeit erhielt [199]). Sein Gleichungspunkt mit

---

194) Donandt II. S. 58 — 92.

195) Vgl. Lüb. R. 1240 bei Westphalen III. c. 653. Const. Str. Art. 112. ebd. IV. c. 3073. Braunschw. und Gosl. Stadtr. bei Leibn. III. 441. 506. Vogt, Mon. ined. I'. p. 148.

196) Zöpfl, Bamb. R. S. 113.

197) Bluntschli I. 170. n. 120. Donandt II. 30.

198) Zöpfl Anh. V. nr. 104.

199) Lehmann, Speir. Chron. IV. c. 16. Siebenkees, Mat. III. S. 67 — 70.

der Sphäre des Lehenswesens jedoch, d. h. die Eigenschaft der Buße als Mittels der Genugthuung für den Verletzten und seine Familie, erscheint durch den Gedanken modificirt, daß die Abwendung weiterer Unordnungen im Interesse des städtischen Friedens liege [200]), und daher durch die städtischen Behörden, gütlich oder mit Zwang, vermittelt werden müsse. Während aber die älteren Statuten nur von einem Friedegebieten des Raths wissen, so lassen die späteren eine Betheiligung der ganzen Gemeinde, und immer strengere Maßregeln gegen die, welche die Annahme der Sühne verweigern, sofort den Ausschluß des Thäters von der Sühne, oder auch der Sühne überhaupt bei schwereren Verbrechen wahrnehmen [201]). Bei kräftigerer Entwicklung des städtischen Regiments wird ferner bestimmt, daß das gütliche Abkommen der Partheien allein nie genüge, sondern stets der Friede mit der Obrigkeit noch besonders gesucht werden müsse [202]).

Mehr und mehr tritt das Bewußtsein hervor, daß das einzelne Mitglied der Gemeinde in dieser selbst seinen Schirm und Halt zu suchen habe, daher auch eine Verletzung desselben als Verletzung der Gemeinde selbst zu betrachten sei, daher denn auch Verbrechen gegen einen Bürger schwerer gestraft wurden, als die gegen einen Nichtbürger [203]). Die Buße ist stets mit einem Friedensgeld an die Stadt verbunden (die es aber oft noch mit einem herrschaftlichen Gerichte zu theilen hat) [204]). Die Zahlung des Friedensgeldes war aber gerade bei den Städten keine leere Form, sondern der Keim einer reichen Entwicklung, — zunächst weniger bei denjenigen Delikten, deren Buße die Stadt mit einem herrschaftlichen Gerichte zu theilen hatte, weil hier die Stadt durch die Berechtigung des letzteren gehemmt war und vorerst nur das Interesse haben konnte, die Buße ausschließlich an sich zu bringen [205]), um so gewisser aber bei

200) Urk. 1255. bei Stavhorst, Hamb. K.Gesch. I. 2. S. 34.

201) Urk. bei Donandt II. S. 290. n. 12.

202) Urk. ebd. II. S. 279. Zöpfl a. a. O. S. 127—128.

203) Bluntschli I. 378. Donandt II. 286. 289.

204) Urk. bei Worms bei Schannat, C. dipl. p. 77. Lehmann, Chron. IV. c. 16. Zürch. Richtebr. I. 14. (Bluntschli I. 167. 168.)

205) Zöpfl, Anh. V. nr. 70. 92. Nürnb. R. b. Siebenkees, Beitr. V. S. 204 f.

denen, durch die sie sich selbst specifisch verletzt behaupten konnte, wie Verbrechen gegen den städtischen Frieden, Tragen verbotener Waffen, Heimsuchen, Eingehung verbotener Einigungen, Tumult, Auflauf, Eidesweigerung, Ueberfahren des Geleits, Meinstrafen der Schöffen rc. [206]). Hier setzte die Stadt Bußen an, die sie allein bezog. Ließ sie daneben noch eine Privatgenugthuung an ihr verletztes Mitglied zu, so löste diese sich immer mehr in den Begriff des Schadensersatzes auf, während die Buße an die Gemeinde die Natur einer wahren Geldstrafe annahm. Dieß geschah aber immer mehr, zunächst bei Delikten, die als Friedensbruch an der Stadt erschienen, — ein sehr elastischer Begriff, unter den leicht auch Privatverbrechen gezogen werden konnten. Die Delikte gegen die äussere und innere Sicherheit des Gemeinwesens, wohin besonders auch die Verletzungen des öffentlichen Kredits gehörten [207]), bildeten um so mehr den Mittelpunkt für die allmälige Entwicklung eines besondern städtischen Strafrechts, als die städtischen Behörden in ihrer administrativen und polizeilichen Eigenschaft ohnedieß ein sehr umfangreiches strafrechtliches Gebiet, das dem Lehensstaat so gut als ganz fehlte, als ihre Domäne hergebracht hatten [208]). Auch diejenigen Vergehen, bei deren Bestrafung erst eine andere Behörde konkurrirte, nahmen dann allmälig von selbst den Charakter des besondern städtischen Strafrechts an, wo auch nicht der Rath die ganze Strafjustiz geradezu in die Hand bekam [209]). Oft erschien in solchen Fällen das städtische Recht als das mildere, — eben um ein Blutgericht mittelbar um seine Kompetenz zu bringen. Sobald dieß aber erreicht war, wurden die Zügel sogleich wieder straffer angezogen, besonders wenn die Stadt keine aristokratischen Sympathieen mehr zu fürchten oder zu schonen hatte. Die Entwicklung der Buße zur Geldstrafe, der dann andere öffentliche Strafen substituirt wurden, war nun freilich den städtischen Gerichten nicht eigenthümlich; ja, sie ging in den (namentlich den größeren) Landesherrschaften zum

---

206) **Donandt** II. S. 299. 300. **Zöpfl** S. 122—125. **Warnkönig**, flandr. R.G. III. S. 240—245.

207) **Donandt** II. S. 303—305. Bamb. Stadtr. §. 84—90. 146.

208) Bamb. Stadtr. §. 202. **Donandt** II. 302. 303. Stat. v. Celle bei **Puffend.** I. app. 236.

209) Urk. bei **Donandt** II. S. 277—280.

Theil früher vor sich, eben weil die Städte feudalistische (patricische) Elemente zu überwinden hatten, die dort nicht im Wege standen. Gleichwohl erhoben sich die Städte mit der Zeit zu einer vollständigeren und koncentrirteren Entwicklung des Staatsbegriffs im Strafrecht, eben weil sie vollständigere und koncentrirtere Brennpunkte der sämmtlichen socialen Bildungselemente der Zeit darstellten. —

Man sieht sie stetig fortschreiten in der Tendenz, alle Fehden abzuschneiden, den städtischen Frieden zu erhalten, und die Gewährung des Friedens für den Verbrecher von der Auktorität ihrer Behörden abhängig zu machen. Die Geldstrafen werden größer, was sich nicht allein aus dem steigenden Reichthum, sondern auch aus dem Streben erklärt, der Geldstrafe andere Strafen substituiren zu können. Bald aber drohen die Städte solche andere Strafen direkt an [210]. Wenn nun aber hier, durch die Gährung der aristokratischen Elemente veranlaßt, die Praxis doch wieder die Lösung mit Geld zuließ, ja wohl auch spätere Gesetze geradezu die früheren strengeren Bestimmungen milderten [211], so waren jene strengen Strafdrohungen doch nicht bloßer Schein, und trugen, wenn auch später, volle Frucht. Gewiß wurden sie nämlich schon von Anfang her an allen denjenigen wirklich vollzogen, die nicht in der Lage waren, den Gesetzen trotzen zu können [212]. Gerade der Umstand aber, daß in den Städten Reiche und Arme, Starke und Schwache nicht an gesonderte Gerichte sich vertheilten, mußte zu dem Bestreben führen, jene ungleiche Behandlung abzustellen. Vollständig war dieß freilich erst nach durchgeführtem Siege des demokratischen Princips zu erreichen. Allein ein vermittelnder Uebergang konnte auch jetzt nicht ausbleiben. Ein solcher lag aber in der Rückkehr der Städte zu dem uralten Systeme der Friedlosigkeit, das freilich bei ihnen neue Modifikationen annahm.

Die Verfestung des Ungehorsamen, der sich vor Gericht nicht

---

210) Gosl. Stadtr. bei Bruns, Beitr. S. 351. Braunschw. Stadtr. bei Leibn. III. 441. Stat. Rip. art. 17. bei Westphalen IV. c. 2001.

211) Frankf. Urk. bei Thomas S. 88. 89. Orth, Anm. z. Frankf. Ref. III. 858—874. Warnkönig III. §. 19. 22. 23.

212) Zus. zum Zürch. Richtebr. I. bei Bluntschli I. S. 241.

stellte, hatten sie mit dem allgemeinen Rechte [213]) gemein. Sie machte an sich nicht rechtlos, sondern hatte diese Folge erst, wenn man sich nicht aus ihr zog. Wenn es freilich gelang, den Flüchtigen gefangen vor Gericht zu bringen, so trat dasselbe Verfahren ein, wie bei handhafter That. Auch diese processualische Maßregel indessen wurde von den Städten energischer gehandhabt, als von andern Behörden. Nach gemeinem Rechte mußte der Kläger den flüchtigen Verbrecher, den er gefangen vor Gericht brachte, immer noch übersiebnen, wenn das Verbrechen an Hals und Hand ging; nur bei geringern galt die Contumacia als Geständniß der That. Gerade in den Städten findet sich nun eine doppelte Abweichung, indem nach einigen Statuten der letztere Grundsatz auch bei den schwersten Verbrechen angenommen wurde [214]), nach andern der flüchtige Verbrecher, auch ohne verfestet zu sein, von dem Kläger, der ihn gefangen vor Gericht brachte, übersiebnet und sofort verurtheilt werden konnte [215]). Besonders kam es auch in den Städten vor, daß man übelberüchtigte Personen selbst bei übernächtiger That gerade so behandelte, als wenn sie flüchtig gewesen und gefangen vor Gericht gebracht worden wären. Die Verbannung wurde nun aber ferner für die Städte zu einem ihrer Hauptstrafmittel, das gerade durch die städtischen Verhältnisse seine besondere Bedeutung erhielt.

Die Städte, als die neuen Formen des Begriffs der Gemeinde, sahen sich ganz natürlich auf das alte Institut der Friedlosigkeit hingewiesen. Diese bekam aber jetzt eine andere Bedeutung, da sie als Maßregel einer an Macht stetig wachsenden Obrigkeit erschien, und sich auf ein Gemeindeleben ganz neuer Art bezog. Die Städte griffen zur Verbannung, eben so lange sie noch nicht entschieden und offen das Blutgericht an sich ziehen durften. Sie bot sich dar als Mittelding zwischen eigentlicher Strafe und processualischer Zwangsmaßregel, zugleich als passende Ergänzung des den Städten zuständigen Bußstrafrechts, zunächst subsidiär für den Fall, daß der Verbrecher die Buße nicht zahlen wollte [216]), später aber neben der Buße,

213) Eichhorn II. §. 884. Zöpfl, Bamb. R. S. 136 — 139.

214) So in Hamburg, Lübek, Augsburg. v. Wächter, Beitr. S. 70. Zöpfl a. a. O. S. 137. 138.

215) Zöpfl, Anh. S. 148. Dreyer, Nebenst. S. 129. Statute bei v. Wächter S. 264 – 266. Vgl. Cropp, Krim. B. S. 390—393.

216) Donandt II. S. 289. 305.

oder auch als Hauptstrafe [217]). So milde diese Strafe zunächst gegen den flüchtigen oder widerspenstigen Verbrecher erschien, und so wenig scheinbar damit die Städte ihre Jurisdiktionsbefugnisse überschritten, so viel konnte doch in diesem Ausstoßen aus dem städtischen Frieden liegen, oder darein gelegt werden. Je mehr Vortheile das seiner Blüthe zureifende städtische Leben bot, um so härter wurde das Loos, daselbst seine Heimath zu verlieren; es war aber dafür gesorgt, daß dieser Verlust als ein wirklicher empfunden werden mußte, da man das Haus des Verbannten niederriß und sein Vermögen einzog [218]). Noch bedeutungsvoller aber, namentlich auch für solche, die nicht in der Stadt begütert waren; wurde die Aufzeichnung der Verbannten in den Registern [219]); denn, wenn sie sich im Bereich der städtischen Macht blicken ließen, so nahm man nun keinen Anstand, sie wegen Stadtfriedensbruchs an Leib oder Leben zu strafen [220]). Wie in der Größe der Buße die des Verbrechens sich ausdrückte, so geschah dieß auch in den Abstufungen der Verbannung nach der Zeit [221]), sowie nach der Größe der auf den Bruch gedrohten Strafen [222]). So bereitete sich unmerklich der Zustand vor, wo die Städte jene Vermittlung ganz in den Proceß verweisen, und im Strafrecht unmittelbar mit Strafen an Leben, Leib, Freiheit und Ehre auftreten konnten [223]).

Wie das städtische Leben selbst alle gesellschaftlichen Elemente in sich aufnahm, so ist es auch die Geschichte ihres Strafrechts, welche alle, sonst zerstreuten, Bildungsmomente zusammenfaßte und den Fortschritt vermittelte, der sich im 16ten Jahrhundert in der P.G.O. fixirte [224]), wobei namentlich auch dieß nicht außer Acht zu lassen ist,

---

217) Thomas S. 28. Warnkönig III. S. 176.

218) Grimm, Rechts-Alt. S. 729. Wilda, Strafrecht S. 293. 294. Bluntschli I. S. 169.

219) Schreiber, Urk.buch f. Freib. II. S. 135—167.

220) Bluntschli I. S. 169. Not. 119. Zöpfl, Bamb. R. S. 112. 113. n. 6—9.

221) Lehmann, Chron. IV. c. 16. Gött. Stat. Art. 296. Puffend. III. app. p. 162. Donandt II. S. 295—298.

222) Bluntschli und Zöpfl a. a. O. Warnkönig III. S. 177.

223) Roßhirt, Gesch. und Syst. I. S. 148—150.

224) Malblank, Gesch. der P.G.O. Zöpfl, Bamb. R. Roßhirt, Gesch. und Syst. I.

daß die Städte zuerst die durch die Mangelhaftigkeit des Lehensstaats hervorgerufenen Uebergriffe des kirchlichen Strafrechts zurückwiesen und den Bedürfnissen, denen es gedient hatte, durch ihre eigene, vom Standpunkte der Polizei aus unternommene Gesetzgebung abzuhelfen suchten und verstanden [225]).

Die freiere Entwicklung des städtischen Strafrechts hing übrigens genau mit dem Fortschritte zusammen, den die Städte in der Ausbildung des Strafverfahrens machten, wie ja auch die Kirche vornehmlich auf demselben Wege ihr eigenthümliches Strafrecht durchsetzte. Zwar waren auch die unter das Princip der Landeshoheit fallenden Gerichte (s. o.) an sich geeignet, eine größere Energie der Strafjustiz zu entfalten, besonders wo sie den hofrechtlichen Stempel an sich trugen. Allein theils herrschte dieser Typus keineswegs bei allen vor, theils waren, wo er vorherrschte, die Dingpflichtigen in einem solchen Verhältnisse, daß an autonomische Rechtsbildung nicht zu denken war, vielmehr in der Regel die Willkühr der Herrschaft entschied, deren Produktivität in der Rechtsentwicklung, an sich nicht groß, noch überdieß durch äussere Umstände sich vielfach gehemmt sah. Von Gleichförmigkeit war bei jenen Gerichten ohnedieß nicht die Rede, und in der geringen Bildung der Schöffen kein Element zur Reform des verknöcherten Herkommens zu finden [226]). Seit der Errichtung der Hofgerichte oder Purifikation der Landgerichte sanken die betreffenden Gerichte in eine der Rechtlosigkeit dieser untern Klassen nur zu sehr entsprechende Mißachtung, die ihren Verfall beförderte. Von ihnen war daher der Regel nach (denn Ausnahmen kommen allerdings vor) ein entschiedener Vorgang zur Reformation des Verfahrens nicht zu erwarten.

Um so mehr waren die städtischen Gerichte geeignet, einer systematischen Reform in diesem Rechtstheile Bahn zu brechen. Ihnen mußte zuerst das Ungenügende des herkömmlichen Verfahrens

---

225) J. Susat. art. 16. 17. bei Haeberlin, Anal. med. aev. p. 508. Stat. Hamb. VII. 13. Stat. VI. 13. Flensb. art. 18. 20 bei Westphalen IV. c. 1904. Sartorius, Gesch. der Hansa I. 125. Zürch. Richtebr. VI. Bluntschli I. S. 177. 178. ebd. S. 408. nr. 145. S. 411 unten.

226) Petr. ab Andlo. bei Zöpfl S. 59. Bamb. H.G.O. Art. 172. 175. 276. P.G.O. Art. 146. 150. Roßhirt I. S. 118.

fühlbar werden, weil in den Städten Ritterthum und Bürgerthum unmittelbar zusammenstieß, das Interesse des letzteren aber stetig in siegreichem Kampfe um sich griff, und eben damit das Bewußtsein wuchs, daß in dem Einen politischen Ganzen Ein Recht herrschen, und dieses dem Zwecke eines solchen Ganzen entsprechen, daher die exklusiven Ansprüche des Junkerthums in sich aufzehren müsse [227]). Letztere vermochten sich daher in den Städten nicht durch den Standesgeist aufrecht zu erhalten, wie in den Land- und Hofgerichten. Ebensowenig aber konnte herrschaftliche Willkühr, wie in den Centämtern, sich geltend machen, weil das Mark der ritterlichen Gesinnung in die Gesammtheit der freien Gemeinde überging [228]). Während mithin im Uebrigen das Recht sich nach dem Unterschied der Stände modelte, so hatte es in den Städten die Tendenz, diesen Unterschied auszugleichen und die Einheit des politischen Ganzen an sich darzustellen. Eben damit lag darin auch der Fortschritt von der Eigenschaft eines Privilegiums zu der Eigenschaft eines wieder auf seinen wahren Grund bezogenen, daher auch mit der Vorstellung einer entsprechenden Pflicht verbundenen Rechts. Nicht als ob die Städte rein um der Idee der Gerechtigkeit willen gehandelt hätten. Sie handelten, durch die Umstände genöthigt, im Interesse ihres eigenen wohlverstandenen Vortheils. Die Frucht ihres besonnenen und energischen Handelns war aber, daß sie dadurch von selbst einer reineren und reiferen Gestaltung der Strafjustiz zugeführt wurden, als die übrigen Gerichte — dieß schon deßhalb, weil sie sich von Anfang an nicht blos mit Privatrechtsverletzungen befaßt hatten, vielmehr unter dem Titel der Polizei im Stande waren, ebenwie die Kirche, die Lücken des gemeinen Strafrechts auszufüllen [229]).

Sollten die Stadträthe die Kognition in allen peinlichen Fällen erhalten können, so mußte zuvor das mit dem Blutbann des Lehensstaats zusammenhängende Verfahren umgestaltet werden. Wie dieser Blutbann die Bedeutung eines Privilegiums hatte, so war auch das Verfahren wieder um alle inquisitorischen Elemente gekommen, die es in der karolingischen Zeit gehabt hatte [230]); — natürlich, da das

227) Thomas, Oberhof von Frankf. S. 36. 37. 41 - 49.

228) Donandt I. S. 111 — 115.

229) Bluntschli I. S. 408. n. 145. S. 411.

230) Biener, Beitr. S. 129 — 134.

Untersuchungsprincip, als der Ausdruck der dem Staate obliegenden Sorge für Verfolgung der Verbrechen, auch ein wahres Staatsbewußtsein voraussetzt, gerade dieses aber dem Lehensstaat abging. Regel war es daher wieder geworden, daß, wo kein Kläger sei, auch kein Richter sein solle [231]); ja es war die weitere Rückbildung eingetreten, daß man bei fortschreitender Verkümmerung des staatlichen Zusammenhangs die alte Familienschutzpflicht wieder aufwachen sah [232]). Zwar finden sich nun, theils in den Rechtsbüchern, theils in Lokalrechten, einzelne Ansätze zu inquisitorischem Verfahren, wenigstens bei schweren oder notorischen Verbrechen, oder wenigstens dieß, daß hie und da der Beschädigte zur Klage gezwungen werden konnte [234]), welcher Grundsatz übrigens keineswegs konsequent durchgeführt wurde [235]).

Die Städte waren es aber gerade, bei denen das Bedürfniß einer systematischen Aenderung eine solche auch wirklich herbeiführte. Daher hier die frühe Erscheinung der Anordnung des Untersuchungsprocesses in Fällen, wo man der Ausübung des Fehderechts vorbeugen wollte [236]), eine Anordnung, die, als Reaktion, principielle Bedeutung hatte. Dieß spricht sich besonders in der Aufstellung amtlicher Ankläger aus, wozu freilich auch die Rechtsbücher einen Ansatz zeigen [237]). Während aber hier der Grundsatz wieder ohne Konsequenz blieb und sich in den herkömmlichen Privatanklageproceß zurückverlor, so trat er wiederum in den Städten mit principieller Kraft auf. Anfangs freilich auch nur als eventuelle Maßregel, wenn es z. B. an einem klagberechtigten Verwandten fehlte [238]), bald aber bei jeder bedeutenden Sache [239]), oder überall, wo der Privatan-

---

231) Sächs. L.R. I. 62. Ditm. L.R. bei Westphalen III. c. 1737. Magdeb. R. bei Böhme, diplom. Beitr. I. S. 24.

232) Haltaus V. Anklage. Zöpfl S. 126. 127.

233) Willk. d. Brookm. bei Wiarda S. 32. (§. 45.). Kaiserr. I. 14. II. 2.

234) Kaiserr. I. 13. II. 19.

235) Sächs. L.R. I. 62. c. Glosse. I. 69. II. 8. Gl. z. I. 64.

236) Gosl. Erk. nr. 14. 27. bei Bruns S. 184. 191. Lüb. R. bei Dreyer, Abh. I. 472. Donandt II. 68—72. Lehmann a. a. O.

237) Sächs. L.R. I. 2. Gl. z. I. 58. Wilda, Strafr. S. 210—223.

238) Lüneb. Stadtr. Art. 95. bei Dreyer, Nebenst. S. 393.

239) ebd. Art. 135. (S. 408.)

kläger die Klage fallen lassen wollte [240]). Wo ein Kläger auftrat, mußte er, wenn er nicht etwa voraus schon zur Klage gezwungen worden war, die Vollführung der Klage geloben, und nöthigenfalls sich bis dahin gefangen setzen lassen [241]). Eventuell trat der Richter von Amtswegen als Kläger auf, und ohne seine Einwilligung war keine Theidigung möglich [242]). Alles dieß war aber nur ein erster Schritt. Der zweite war die Anordnung der wirklichen Untersuchung von Amtswegen [243]).

Wo die Städte noch ein herrschaftliches (oder reichsvogteiliches) Blutgericht innerhalb ihrer Mauern anerkennen mußten, da trat die Anomalie ein, daß sie dem Rechte nach diesem die Justiz überlassen sollten, während in der That Niemand bezweifelte, daß ihre politische und polizeiliche Stellung sie befähige und verpflichte, für die Verfolgung und Bestrafung der Verbrechen zu sorgen. Die städtischen Räthe kamen nun auf den Ausweg, daß sie zunächst die Privatanklage annahmen, um sie ihrerseits vor dem Blutgerichte zu verfolgen. Da sie sich nun nicht in die Gefahr begeben konnten, als falsche Ankläger zu erscheinen, so war es natürlich, daß sie die Sache zuerst bei sich untersuchten, und die Anklage nur dann stellten, wenn sie eines verurtheilenden Erkenntnisses sich versichert hatten, woraus sich dann von selbst ergab, daß das Verfahren vor dem *formell* berechtigten Richter zur bloßen Form, ja zur leeren Komödie herabsank [244]), wie denn ja auch in den schon von Anfang an bei ihm verhandelten Sachen das Urtheil von ihm an den Rath gestellt zu werden pflegte, der seine zwei kontrolirenden Blutherrn im Vogtgerichte sitzen und die Exekution zu besorgen hatte. Wenn sich daher auch beim Blutgerichte der alte reine Anklageproceß theilweise noch daneben erhielt, so bekam doch in That und Wahrheit auf die eine oder andere Weise der städtische Rath die Kognition in seine Hand,

---

240) Bamb. Stadtr. §. 162. 163. vergl. §. 73. 205–209. Zöpfl S. 134. 135.

241) Vergl. übrigens Sächs. L.R. I. 61. §. 1. III. 14. Donandt I. S. 181. n. 281.

242) Donandt I. S. 182 n. 283. 284.

243) Donandt I. S. 182–201. Bluntschli I. S. 166–404.

244) Zöpfl S. 152 n. 3. und Anh. II. Siebenkees Mat. II. S. 532 f.

und sein natürliches Bestreben war dann, in allen Sachen nicht nur des Endurtheils, sondern auch der vorgängigen Untersuchung habhaft zu werden.

Das inquisitorische Princip konnte aber auch allein zu einer Reform des herkömmlichen Beweissystems [245]) führen. Dasselbe gründete sich auf die ächtgermanische Idee, daß der Beweis in peinlichen Sachen nicht blos durch objektive Wahrheitskriterien vermittelt sein, sondern durch das Medium der subjektiven Gewissensüberzeugung gehen müsse. Die Vermittlung dieser Gewissensüberzeugung aber war nicht allein im germanischen Recht eine noch sehr unreife, theils naive, theils rohe, sondern sie war auch größtentheils (den Fall des Augenscheins ausgenommen) nicht der richtenden Gemeinde oder den Schöffen, sondern den Partieen überlassen, so daß das Urtheil die selbstlose Konsequenz aus dem Resultate des von den letzteren vorgenommenen Beweisverfahrens sein mußte. Ein solches Beweissystem mußte dem Lehensstaat vorzüglich zusagen, in welchem daher auch die schon unter Karl d. Gr. gemachten Ansätze zum Untersuchungsprincip und zur Anklagejury sich wieder verloren und nur partikularrechtlich ein kümmerliches Leben fristeten. In den specifisch dem Lehensstaat angehörigen Gerichten wurde daher das Verfahren wieder ganz von der Privatklage abhängig, in die Hand der Parthien gegeben, und überall auf die Analogie des bürgerlichen Rechtsstreits reducirt [246]). Bei handhafter That hatte der Kläger, bei übernächtiger der Beklagte die Vorhand; daneben bestanden Gottesurtheile, und besonders der Zweikampf. Ohne Zweifel kamen aber die Erfordernisse der Handhaftigkeit seltener vor, und wurden streng genommen. Ueberdieß bildete sich hier, sehr bezeichnend, der Inzichtproceß aus, ein bequemes Mittel für den mächtigen Verbrecher, um mit dem einfachen Reinigungseide durchzukommen [247]).

Den Städten wurde es dagegen ganz besonders Bedürfniß, das Schicksal eines Strafprocesses nicht mehr den Partheien preiszugeben. Zunächst bot sich als Hülfsmittel, um dem peinlichen Gerichte

---

245) Zöpfl S. 136 f. v. Wächter, Beitr. Abh. 3. und meine Rec. N. Jen. Lit.Ztg. 1846 nr. 106. 107. Vgl. meine Abh. in den konstit. Jahrb. 1843. II. 1845. III.

246) Cropp, krim. Beitr. II. S. 362—383.

247) Roßhirt I. S. 122—127. Zöpfl S. 150—154.

eine größere Energie zu sichern, die Erweiterung des Begriffs der Handhaftigkeit dar. Diese erfolgte theils durch Zulassung der Abwendung der Uebernächtigkeit [248]), theils durch Gestattung des Richtens auf blickenden Schein [249]). Allein das half nicht viel, da die Realisirung der gesetzlichen Strenge doch jedesmal durch die Möglichkeit bedingt war, den Thäter auch wirklich vor Gericht zu bringen, dieser Möglichkeit aber bei der Zerrissenheit der mittelalterlichen Gerichtsverfassung unendlich viele Schwierigkeiten entgegenstanden. Man suchte daher wenigstens für den Fall, daß jenes gelänge, den Gerichten möglichst freie Hand zu verschaffen. Daher begnügte man sich in den Städten bald nicht mehr mit dem gemeinen Verfestungsrechte (s. o.), sondern setzte strengere Maßregeln fest; — freilich hie und da nur für die Nichtbürger, während man für die Bürger das alte Recht als Privilegium fortdauern ließ [250]), oft aber auch ganz allgemein [251]). Auch diese Maßregeln reichten jedoch nicht aus. Denn auch jetzt noch konnten die Fälle nicht selten sein, wo der Beklagte auf freiem Fuße processirt werden mußte, sei es, daß die That nicht handhaft gemacht war, oder daß der Verfestete sich aus der Verfestung zog, oder seinen Ungehorsam entschuldigte, nachdem er freies Geleit erhalten hatte rc. In solchen Fällen mußte man ihn ziehen lassen, wenn er allein oder mit Eidhelfern sich losschwur. Zwar konnte es hier auch zum Zweikampf kommen, wenn der Kläger dem Eide des Beklagten nicht traute, ja es mußte geschehen, wenn Eid gegen Eid stand [252]). War der Beklagte übelberüchtigt, so blieb nur das Gottesurtheil übrig [253]).

Alles dieß mußte aber den Städten bei erstarkendem politischen Bewußtsein und fortschreitender Bildung gleichmäßig zuwider werden. Durch den Verfall des Gerichtswesens war es endlich in manchen Gegenden dahin gediehen, daß man selbst die Grundlage des germanischen Processes, d. h. den Satz, daß der Geständige sich selbst

248) Sächs. L.R. I. 70. §. 3. Zöpfl S. 137. n. 4.

249) Zöpfl S. 139. 140.

250) v. Wächter, Beitr. S. 17—20.

251) Bamb. Stadtr. §. 69. 71. 213. Zöpfl 137. 138. Dreyer, Nebenst. S. 129.

252) Sächs. L.R. I. 63. Freib. Stadtr. 1120. §. 44.

253) Sächs. L.R. I. 39.

richte, nicht mehr achtete, und daher auch bei Geständniß noch Uebersiebung forderte [254]). Am wenigsten Umstände machten nun die Städte mit übelberüchtigten Leuten, indem sie solche gleich den flüchtigen Verbrechern behandelten [255]). Allein bald konnte auch das jetzt als einziges praktisches Hülfsmittel vorhandene Uebersiebnen vor der Kritik nicht mehr Stand halten, und eine umfassendere Reform mußte als dringendes Bedürfniß erscheinen [256]).

Vor Allem sehen wir nun die Städte an der Abschaffung des Kampfrechts und Gottesurtheils arbeiten [257]). Denn diese Beweisformen gehörten specifisch dem Lehenswesen und der Kirche an. Seit aber die Kirche selbst sich gegen die Ordalien erklärte, mußten sie den Städten wenigstens deßhalb zuwider sein, weil sie das Beweismittel der Unfreien waren. Zwar erhielten sich auch bei ihnen hie und da Rechte des alten Herkommens [258]). Allein weit aus die Regel war, daß sie sich davon zu befreien strebten. Nun waren aber freilich die Ueberführungsmittel sehr beschränkt, und andererseits das Uebersiebnen auf eine Weise ausgedehnt, die als neuer Uebelstand erschien.

Der hauptsächliche Mißstand für die deutschen Städte lag jedoch in dem Grundübel der ganzen deutschen Rechts- und Staatsentwicklung, in dem extremen Partikularismus, welcher die Städte behufs ihrer Selbsterhaltung zur Erstrebung der Souveränetät nöthigte, und sie ebendamit als selbständige Rechtskörper isolirte. So waren sie der Rechtsentwicklung auf dem Lande vorangeeilt, und standen zu dessen unreifen Instituten in einem verderblichen Gegensatz, auf sich selbst gestellt, keiner Unterstützung gewärtig, vielmehr genöthigt, nach aussen dieselben Mißbräuche mitzumachen, die sie in ihrem Innern bekämpften. Wie ihnen hierdurch ihr Fortschritt in der Civilisation zum Hinderniß, wie ihre Reform des Strafverfahrens auf halbem Wege aufgehalten werden mußte, das zeigt am besten ein vergleichender Blick auf die Entwicklung des germanischen

---

254) Dreyer, Nebenst. S. 132. Cropp a. a. O. II. S. 383—388.

255) Cropp S. 401 — 403.

256) v. Wächter S. 71. 269. 270.

257) Kopp, hess. Ger.Verf. 135. 478. 479. Zöpfl, S. 145. Thomas S. 26—28. 33—49.

258) Dreyer, über alte Leibesstr. S. 160—165. Thomas S. 38. 39.

Rechts in England [259]). In Deutschland fehlte es eben an dem Zusammenwirken der gesammten Nationalkraft. Hier waren die karolingischen Rügegerichte verschollen; hier herrschte rings um die Städte her das System des Feudalstaats in roher Ausartung, ja im offenen Kampfe gegen sie; hier fand sich kein aufstrebendes, die Staatsidee mächtig vertretendes Königthum, keine über das ganze Reich ihre Gewalt ausdehnende curia regis, die im Namen des Königs eine secta regis angestellt, auf offizielle Rüge hin sich thätig gezeigt, ein inquisitorisches Verfahren veranlaßt, und die Verwandlung der öffentlichen Zeugen in Geschworene herbeigeführt hätte. Der Fortschritt der deutschen Städte war und blieb ein partikulärer, und darum ein halber.

Zwar wurde den Städten unter sich eine Gemeinsamkeit der Entwicklung gesichert durch ihre vielfachen Bündnisse, durch die auch in Strafsachen lange Zeit fortdauernden Rechtsbelehrungen, durch die Bewidmungen der einen Stadt mit dem Rechte der andern ꝛc. [260]). Allein dadurch wurde der Gegensatz zwischen ihnen und der Rechtsentwicklung in den übrigen Gebieten nicht aufgehoben. Sie konnten auf keine Maßregeln denken, die ein Zusammenwirken aller Reichsstände vorausgesetzt hätten, vielmehr nur innerhalb ihres nächsten Kreises dem dringendsten Bedürfnisse Genüge thun. Dieß geschah durch ihre bisher geschilderten Bestrebungen. Die Halbheit aber lag darin, daß sie zwar die Kraft hatten, das alte Beweissystem abzustreifen, dagegen der Kraft und der nöthigen Unterstützung von aussen ermangelten, um eine positive Neugestaltung in nationalem Geiste durchzuführen. Sie fielen daher dem fremden Rechte in die Arme, dessen Sieg dadurch für Jahrhunderte entschieden wurde.

Man findet nämlich, daß die Städte nach und nach Stück für Stück von dem Beweissysteme des fremden Rechts annahmen, ohne doch den weiteren Fortschritt zu machen, der zum Geschworenengericht geführt haben würde. Das Nächstliegende war die Hervorhebung des Geständnisses in seiner alten Kraft, sei es, daß man ohne Weiteres auf gichtigen Mund hin zu verurtheilen anfing [261]), oder

259) s. meinen Art. in den konstit. Jahrb. 1843. II. S. 69—75.

260) Thomas §. 10 – 17. 26 – 32. Grimm, Vorr. S. VII — XV. Böhmer, c. dipl. Francof. p. 89 seq.

261) Zöpfl S. 141 Arch. II. C. §. 26. Donandt I. S. 192 u. 299.

daß man sich hiefür ausdrückliche Privilegien ertheilen ließ [262]). Dagegen erhielt der Zeugenbeweis im Sinne des fremden Rechts jetzt erst Eingang, während seine Stelle früherhin der Beweis durch Eidhelfer eingenommen hatte [263]), — anfangs noch so, daß man sich scheute, die ordentliche Strafe auszusprechen, wenn es an der Handhaftigkeit fehlte. Geständniß und Zeugenbeweis neben Handhaftigkeit füllten nun aber keineswegs die ganze Sphäre des Bedürfnisses aus. Schloß man sich ganz dem fremden Rechte an, so mußte man theils die Folter als Mittel, das Geständniß zu bewirken, aufnehmen, theils sich dazu entschließen, in den Fällen, wo weder Geständniß zu erlangen, noch Zeugenbeweis vorhanden war, die Ueberführung aus Anzeigen zu gestatten. Im Sinne des germanischen Rechts lag nun freilich weder eine Ueberführung durch Zeugenbeweis, noch eine solche durch Anzeigen; vielmehr bot sich, wenn man nicht bis zu dem Wahrspruch durch Geschworene fortschritt, nur der Eine Weg, dem germanischen Princip treu zu bleiben, welchen im 16ten Jahrh. die Bamberg. H.G.O. einschlug: die Herabsetzung des Zeugen —, wie des Anzeigenbeweises zu bloßen Rechtfertigungsgründen für die Folter als das Mittel, das einzige durch das Medium des Gewissens gehende Beweismittel, das Geständniß zu erlangen.

Diesen Weg schlugen die Städte nicht ein. Sie schloßen sich vielmehr in der Regel an das System des fremden Rechts, dem Augenschein, Geständniß, Zeugniß und Anzeigen, Beweismittel von gleicher Dignität sind, und kein Bedürfniß inwohnt, die durch Zeugen und Anzeigen gewonnenen Data noch erst durch das Medium der Gewissensüberzeugung gehen zu lassen [264]). Sehr häufig war dieß aus dem direkten Einflusse des fremden Rechts zu erklären. Indessen zeigte sich gerade bei dem Anzeigenbeweise, daß auch in den Städten die Rechtsbildung noch nicht auf der Höhe des fremden Rechts stand, da an der Stelle des klaren Bewußtseins über das Wesen jenes Beweises in der Regel eine unklare und formlose, daher für die Praxis sehr gefährliche Vorstellung erscheint [265]). Aller-

---

262) Priv. bei Lünig R.A. P. sp. C. IV. 2, 2.

263) Zöpfl S. 145. n. 11. Donandt I. S. 191 n. 296. 297. Cropp, S. 405 n. 91. Warnkönig, flandr. R.G. III. §. 33. 34.

264) Priv. f. Limb. a. 1498 (Datt, de pace publ. p. 7. nr. 78.)

265) Priv. f. Weissenb. a. 1431 (Lünig, R.A. P. sp. Cont. IV. 2, 2.

dings lag dem sog. Richten auf Leumund ohne Zweifel die dunkle Vorstellung des Anzeigebeweises zu Grunde [266]). Allein gleichwohl mußte nach dem zeitweiligen Grade der Kultur die praktische Vollziehung der betreffenden Bestimmungen gewiß nur zu oft die Gestalt eines tumultuarischen Richtens auf bloßen Verdacht [267]) annehmen, um so mehr, als dieses Richten auf Leumund in der Regel zuerst in Beziehung auf Uebelberüchtigte vorkam [268]), mit denen man es auch zuvor schon nicht genau genommen hatte. Die Unsicherheit, worin man sich in diesem Punkte befand, mag auch erklären, warum man sich mit der Ueberführung aus Anzeigen, wodurch man sich der Folter hätte überhoben sehen sollen, nicht begnügte, sondern gleichwohl auch von diesem Institute einen oft barbarischen Gebrauch machte [269]), sei es, daß man dasselbe nur einfach aus dem römischen Rechte übernahm, oder daß man darin ein Surrogat für das Gottesurtheil sah, oder daß man dazu nur durch das nächste Bedürfniß geleitet griff [270]).

Wie aber die Entwicklung des Strafverfahrens in den deutschen Städten durch ihre allgemeine Stellung zum Reich bestimmt war, so auch die ihres Strafrechts. Auch hier entwickelten sie im Kontrast zu dem Rechte des Ritterthums eine eben durch den Gegensatz oft furchtbar gesteigerte Strenge, wodurch sie sich dem aus der Landeshoheit fließenden Strafrechte näherten. Gleichwohl sträubte sich der freie Geist des Bürgerthums gegen den Zusatz hofrechtlicher Willkühr, den jenes oft enthielt; ja, sie konnten umgekehrt manche Reste des in sie hereinreichenden Ritterthums nur mit Mühe von

---

S. 619) für Nürnberg (Haltaus, Gl. p. 426) f. d. Wirt. Stadtger. a. 1434. Reyscher, Ges.Slg. IV. 18. Dreyer, Nebenst. S. 32. 127 f. Malblank, Gesch. d. P.G.O. S. 73—75. Eichhorn III. §. 459.

266) v. Wächter, Beitr. S. 75. 273.

267) Biener, Beitr. S. 140. Donandt I. S. 179.

268) Priv. a. 1510 bei v. Wächter S. 275. 276.

269) Zöpfl S. 145. 174. n. 1. Siebenkees, Mat. II. S. 547—550. 593 f.

270) Dreyer, über alte Strafen S. 160—162. Cropp II. S. 404. v. Wächter S. 274. 275. Zöpfl S. 141—145. Bluntschli I. S. 406. 407. Donandt I. S. 192. 2ter Jahresber. des hist. Ver. d. Rezatkr. (1832) S. 20. Damhouder c. 37.

sich ausstoßen. Die unmittelbar sich aufdrängende Nothwendigkeit, ein starkes territoriales Staatsprincip zu handhaben, brachte durch die Theilnahme der städtischen Räthe einen neuen Geist in die Handhabung der ganzen städtischen Strafjustiz, auch wo sie nicht unmittelbar mit dem städtischen Wesen zusammenhing. Bei ihren Schöffen fand sich mehr Bildung, bei ihren Obrigkeiten mehr Geist und Kraft, als anderswo. Sie waren genöthigt, nicht zu fragen, ob der Verbrecher ein Fremder oder Einheimischer sei, sondern zu richten, wo sie zugreifen konnten [271]). Gleichwohl verlor sich auch in den Städten der Gegensatz eines doppelten Strafrechts nicht ganz. Die eiserne Durchführung abschreckender Strafgesetze fand vorzugsweise gegen Fremde, Uebelberüchtigte oder geringere Leute Statt [272]), während in der Regel die Bürger sich mancher Vortheile beim Verfahren zu erfreuen hatten [273]), und bei ihnen, mindestens der einen oder andern Klasse, auch wohl noch die Vergünstigung, die Strafen mit Geld lösen zu dürfen, vorkam, woraus die Städte hie und da ein lukratives Recht für ihren Fiskus machten [274]). In der Mitte stand dann die Strafe der Stadtverweisung, womit man die Härte des Gegensatzes auszugleichen suchte. Die politische Isolirung der Städte und die Nothwendigkeit, nach innen und außen so viele dem Interesse der Gerechtigkeit fremden Rücksichten zu nehmen, gestattete ihnen nicht, ein gleichförmiges System durchzuführen. Immerhin zeigen sie aber im Ganzen das Bestreben, das Strafrecht unter den Gesichtspunkt einer Reaktion im öffentlichen Interesse zu bringen. Wenn sie daher auch noch den Unterschied von strengem und freundlichem Recht, von causae majores, minores und bloßen Freveln beibehielten [275]), so ging doch die Tendenz offenbar dahin, die Klasse der Ungerichte zu erweitern, und insbesondere darunter auch solche Vergehen zu stellen, welche der Feudalstaat verwahrlost oder der Kirche überlassen hatte [276]). Z. B. Gotteslästerung, Ketzerei, Hexerei,

---

271) Eichhorn III. §. 433. not. b. Schannat, C. dipl. p. 77. Roßhirt I. S. 148 – 150.

272) Bluntschli I. S. 409 n. 151. Zöpfl S. 110 n. 9.

273) Zöpfl S. 141 – 144.

274) Eichhorn III. §. 459. n. 6. Bluntschli I. S. 409. Zöpfl S. 112. 114. 121 – 126.

275) Zöpfl S. 108 – 126.

276) Ebdas. Anh. IV. nr. 2. Zürch. Richtb. 1416 S. 7 bei Bluntschli

Meineid, Bigamie, Menschenraub, Fälschung, Sodomie, Selbstmord 2c.). Dazu diente denn als Uebergang das Institut des städtischen Friedens, indem man diesen oft besonders gebot, und sofort unter dem Titel seiner Verletzung eine sonst als Civilvergehen angesehene That zum Blutbannsfall stempelte [277]). Die öffentlichen Strafen waren meist grausam [278]). Die Städte mußten um ihrer Selbsterhaltung willen eben so oft in dieses Extrem, als in das entgegengesetzte, fallen. Das Strafrecht war auch bei ihnen weniger Rechts-, als Polizeisache, daher auch weniger, als das Privatrecht, Gegenstand wissenschaftlichen Nachdenkens. Die Verbrechen sind nicht definirt; ihre Begriffe sind aus der Volksmoral vorausgesetzt, und in den Gesetzen herrscht meist eine furchtbare Kürze [279]). Insbesondere finden sich die Lehren des allgemeinen Theils noch kaum entwickelt [280]). Die Hauptangelegenheit war den Städten, und mit Recht, die Verbesserung des Verfahrens. Wie aber in diesem Punkte [281]), so thaten sie sich auch im Strafrechte seit dem Ende des 15ten Jahrhunderts wenigstens dadurch hervor, daß sie (vorzüglich die rheinischen und die süddeutschen Städte) dem römischen Rechte einen merklich zunehmenden Einfluß gestatteten.

5.

So lebendig und vielseitig aber auch die deutsche Rechtsentwicklung vom 13ten Jahrhunderte an wurde, so lag doch in dem politischen Gesammtverhältnisse der Keim einer ungeheuren Krisis, der sie nicht entgehen konnte. Dabei ist ein doppelter Gesichtspunkt in's Auge zu fassen.

Einerseits war der Reichsstaat in fortwährender Auflösung begriffen, und diese Auflösung gestaltete sich zeitweise zum Zustande

---

I. S. 408. n. 145. Siebenkees, Mat. III. S. 280. Thomas S. 205 — 207.

277) Bluntschli I. S. 412. 413.

278) Grimm, R.A. S. 690. Siebenkees, Mat. II. S. 539. 595 f. III 278. 279. Zöpfl S. 112 — 121. Bluntschli I. S. 408. 409 n. 143 — 148. Freib. Stadtr. 1120. §. 45.

279) Z. B. Bamb. Stadtr. §. 136. 140 — 147. Vgl. Tyrol. Mal.O. §. 12 f.

280) Zöpfl S. 128 — 130. 170.

281) Roßhirt I. S. 150. 151.

völliger Anarchie, theils in den Staatsverhältnissen im e. S. (s. o.), theils in den gesellschaftlichen Verhältnissen, sofern der Krieg zwischen den Elementen der Staatsgewalt von selbst auch zu einem Kampfe der Stände unter einander wurde, der sein unglückliches Ende erst im Bauernkriege fand. Andererseits kam, wie hoch man auch die stille Wirksamkeit des Volksgeistes für Erhaltung einer gleichförmigen Grundlage des Rechts anschlagen möge, denn doch eine Reihe von Ursachen zusammen, welche dem deutschen Rechte für den Fall eines Kampfes mit einem hereindringenden fremden Rechte mehr und mehr die Widerstandsfähigkeit benahmen [282]).

In der ersten Beziehung war eine Beruhigung der Gährung nur von dem entschiedenen Siege des Princips der Landeshoheit zu erwarten, wenn auch dieser Sieg noch kein vollkommener sein, und noch nicht alle gesellschaftlichen Mißverhältnisse ausgleichen konnte. Jener Sieg lag in dem Deutlichwerden des Bewußtseins darüber, daß der Staat des Einen Reichs sich in eine Konföderation der Reichsstände umgestaltet habe. Er spricht sich in dem ewigen Landfrieden von 1495 aus [283]), sofern dieser zuerst den bisherigen Gegensatz und Widerspruch zwischen gebotenen und gelobten Landfrieden auflöste, und es als Thatsache hinstellte, daß Reichsgesetze fortan nichts Anderes, als Vereinbarungen der faktisch selbstherrlichen Reichsstände sein können. Die gebotenen Landfrieden hatten nur die gebietende kaiserliche Macht in ihrer Schwäche aufgewiesen [284]); die gelobten waren oft genug nur partikulärer Natur gewesen, und hatten dadurch den Krieg der Stände nur befördert [285]). Beiderlei Arten hatten aber nur die Einsicht grausenhaft klar machen können, daß die bisherige Vertheilung der Staatsgewalt, deren gesetzgeberische Thätigkeit das Fehderecht anerkennen mußte [286]), nichts mehr tauge,

---

282) Eichhorn II. §. 269. 270. III. §. 440—444. Reyscher, württ. Privatr. I. §. 24—29. v. Wächter, württ. P.R. I. S. 73—79.

283) N. Samml. d. R.A. II. S. 3—29. Eichhorn III. §. 408. Anm. 2. Zöpfl R.G. I. S. 216.

284) N. Samml. d. R.A. I. S. 91. 225. 261. 275.

285) Eichhorn III. §. 396. 401. 402. 408.

286) s. noch Reichsges. von 1438. 1442. 1486. N. Samml. d. R.A. I. 163. 171. 282.

und daß man daher in die Reichsverfassung das Princip der Landeshoheit aufzunehmen habe.

Auch der ewige Landfriede, der, wie die gelobten, alle Befehdungen ohne Ausnahme verbot, und statt eines bloßen Austrägalgerichts ein ordentliches Reichsgericht einsetzte, war nun freilich nicht im Stande, alle Uebelstände, denen er begegnen sollte, sofort auch wirklich zu tilgen[287]); seine Ewigkeit mußte mehr als 25mal neu aufgefrischt werden. Gleichwohl war in ihm das Princip der neuen Ordnung der Dinge ausgesprochen, das allmälig die widerstrebenden Elemente seiner Uebermacht unterwarf. Nur freilich zeigte sich auch alsbald die Schwierigkeit, mit dieser neuen Ordnung etwas Gemeinsames zu Stande zu bringen, sofern theils das in dem ewigen Landfrieden niedergelegte Landfriedensrecht nur einen Rahmen bildete, der erst noch ausgefüllt werden sollte, theils der Wirksamkeit des neuen Reichsgerichts die Eifersucht zwischen Kaiser und Ständen (besonders in Strafsachen) von Anfang an hindernd entgegentrat[288]). Für die Erhaltung und Fortbildung eines gemeinen deutschen Strafrechts kam sofort Alles darauf an, auf welche Weise die Ausfüllung jenes Rahmens erfolgen würde, ob durch eine mit reichsgesetzlicher Eigenschaft auftretende Vereinbarung der Reichsstände, oder durch Partikulargesetzgebung? Die Zweideutigkeit des kaum erst in's Bewußtsein getretenen Verhältnisses erlaubte vorerst noch das Erstere, so jedoch, daß der Keim des Partikularismus schon in dem Reichsgesetz selbst niederlegt wurde[289]).

Was dagegen die zweite Beziehung betrifft, so wirkten verschiedene Ursachen zusammen, um im 15ten Jahrhundert einen Kampf zwischen dem einheimischen und einem fremden Rechte hervorzurufen, in welchem, vorerst wenigstens, das erstere zu unterliegen schien.

Als nächster Grund erscheint die geschilderte Zersplitterung der Gerichtsverfassung und die hiedurch in Verbindung mit dem fast schrankenlos freigelassenen Autonomierechte herbeigeführte Partikularisirung des Rechts selbst. Besonders war die Fortbildung des Strafrechts ganz von der Entwicklung der fürstlichen und städtischen Landeshoheit abhängig geworden. Die Abstraktion der Rechtsbücher

---

287) R.A. 1512. N. Samml. II. S. 142. Eichhorn III. §. 409.
288) Roßhirt I. S. 94 — 98.
289) In der sog. salvatorischen Klausel der P.G.O.

aber hatte dieselbe in einem Stadium aufgefaßt, welches hier schon überschritten, dort noch nicht erreicht war, wenn auch immer die Grundideen in den verschiedenen Entwicklungsformen erkennbar blieben. Gerade in seiner Grundlage theilte aber das deutsche Strafrecht das Schicksal des deutschen Rechts überhaupt, daß es noch aller wissenschaftlichen Behandlung entbehrte; ja, beim Strafrechte war dieß in erhöhtem Grade der Fall, weil es mehr nur als Polizeisache angesehen wurde. Die Rechtsbücher [290]) zeigen daher nur einen geringen Fortschritt über die karolingische Periode hinaus. Sie haben noch den alten Unterschied von causae majores und minores, nur daß jene jetzt mehrere Fälle enthalten und nach Strafen an Hals und Hand, oder an Haut und Haar abgetheilt sind. Die letzteren Strafen erscheinen aber in der Regel auch wieder als lösbar [291]), wenn auch nicht mehr durchaus, so daß das Schwanken des Unterschieds zwischen Friedens- und Rechtsbruch noch immer fortdauert. Was aber schon die Theorie zeigte, das war noch mehr in der Praxis der Fall, die sich nach den verschiedenen Ständeverhältnissen bequemte [292]), oder von Rücksichten geleitet wurde, die mehr polizeilicher, als rechtlicher Natur waren. Noch immer war der Begriff der Strafe von dem des Schadensersatzes nicht losgekommen. Viele Fälle, in welchen der Verlust ein unersetzlicher ist, gelten auch den Rechtsbüchern noch als Vermögensverletzungen, wie sich denn auch die Buße noch immer nach der Person des Beleidigten richtet [293]). Die Principienvermengung in den Rechtsbüchern beweist aber die noch größere Divergenz in der Auffassung, die in den Gerichten herrschen mußte, wenn diese auch nicht sonst erweislich wäre [294]). Insbesondere zeigt sich aber die geringe Ausbildung in der großentheils noch den objektiven Gesichtspunkt einseitig festhaltenden, neben dem aber gleichwohl oft auch das Entgegengesetzte kritiklos aufnehmenden Behandlung des Schuldbegriffs [295]). Zwar zeigt schon der Schwabenspiegel, unter dem Einflusse des fremden Rechts, mannigfach eine

290) Haeberlin, spec. Sax. et Suev. jus crim.

291) Kropp, krim. Beitr. II. S. 345 — 348.

292) Zöpfl, R.G. II. 1. S. 177 unten.

293) Schwäb. L.R. 176.

294) Bluntschli II. S. 49 — 54.

295) s. die naive Aeußerung in Schwäb. L.R. 226.

freiere Auffassung. Noch mehr geben die Rechtsbücher des 14ten Jahrhunderts, besonders das des Ruprecht von Freising, das Bestreben kund, das Strafrecht entschiedener unter den Gesichtspunkt des öffentlichen Rechts zu stellen, es auf die Landeshoheit zu gründen, der Verwirrung der princip- und kraftlosen Lokalstatute und der darüber herwuchernden willkührlichen Praxis zu steuern, Selbsthülfe und Bußsystem noch weiter zu beschränken, den Schuldbegriff zu entwickeln, die Verbrechen besser zu klassificiren, und das Beweissystem zu reformiren. Am deutlichsten zeigen diese Richtung die Stadtrechte.

Allein abgesehen davon, daß dem bestimmteren Hervortreten dieser Tendenzen bereits der Einfluß des fremden Rechs zu Grunde lag, war der Hauptübelstand der, daß bei der unendlichen Partikularisirung der Rechtsentwicklung die verschiedenen Gewohnheitsrechte und Gesetzgebungen auf den verschiedensten Bildungsstufen standen. Im Durchschnitt betrachtet war das Strafrecht mehr oder weniger der Willkühr einer rohen und unwissenden Praxis preisgegeben. Die ungelehrten Schöffen hatten meist nur wenige geschriebene Normen, und diese beschränkten sich großentheils auf die allgemeinsten Grundzüge, meist auf die bloße Nennung des Verbrechens und einer bestimmten Strafart, alles Andere der Gewohnheit und dem eigenen Ermessen der Schöffen überlassend [296]). Unausbleiblich entstand hieraus die größte Rechtsunsicherheit und eine Menge der verschiedensten Mißbräuche, um so mehr, da zugleich der allgemeine Sittenzustand sehr gesunken war [297]). Selbst in den Städten war das Bußsystem nicht völlig verdrängt; das öffentliche Strafsystem aber trat einseitig mit dem Zwecke der Sicherung und Abschreckung hervor [298]), oder wurde die Vergeltung in der sinnlichen Form der Talion aufgefaßt [299]). Unter der polizeilichen Energie verbarg sich sehr oft Parteihaß, Aberglaube und Fanatismus [300]). Im Strafverfahren

---

296) v. Wächter, Gem. R. Deutschl. S. 117. 118. Zöpfl, Bamb. Recht S. 132.

297) Roßhirt I. S. 47. 105. 106. Bluntschli I. S. 408. 409. Malblank, Gesch. der P.G.O. S. 47 — 58.

298) Siebenkees, Mat. II. S. 592 f. III. S. 278 f. Zöpfl S. 112 f.

299) Vgl. das flandr. Strafr. bei Warnkönig III.

300) Bluntschli I. 411. II. 54.

war die Reform der Städte auf halbem Wege stehen geblieben, und hatte die Tortur als wesentliches Stück des Beweissystems aufgenommen. Die Strenge der Justiz ward oft zur rücksichtslosen Ungerechtigkeit [301]). Der Aberglaube hielt selbst in hochgebildeten Städten das Bahrrecht u. dergl. aufrecht [302]). Die Viel- und Kleinstaaterei ließ keine Einheit in der Rechtspflege, und folgeweise auch in den einzelnen Ländern keine befriedigenden Anstalten zum Schutze der öffentlichen Sicherheit zu [303]), so daß man sich fast blos mit Todesstrafe und Landesverweisung zu helfen wußte, durch welche nur der Schaden dem Nachbar zugewälzt wurde. Dazu kamen unendliche Kollisionen der verschiedensten Instanzen, Streitigkeiten über den Umfang der hohen und niedern Gerichtsbarkeit, Verwirrung der Gerichtsstände [304]), Mißbrauch des Asylrechts, Mißbrauch der Folter [305]), äusserste Begünstigung der Willkühr in der Strafrechtspflege [306]), — Gründe genug, um den vorhandenen Zustand jedenfalls unerträglich zu finden.

Dem so zersplitterten und eben deßhalb der wissenschaftlichen Auffassung widerstrebenden deutschen Rechte erwuchs nun aber ein gefährlicher Nebenbuhler in dem römischen Rechte [307]), das in Italien nicht nur seit dem 10ten Jahrhundert als Nationalrecht der Einzelnen in Geltung geblieben, sondern allmälig auch als subsidiäres gemeines Recht neben dem longobardischen Volksrechte in Gebrauch gekommen war [308]), dieses aber seit dem Aufblühen der Glossatorenschule entschieden überflügelt, und besonders auch die Gunst der hohenstaufischen Kaiser gewonnen hatte [309]). Durch die Glossatoren verbreitete sich die Ansicht, daß das römische Recht als ein wahres

---

301) N. Samml. d. R.A. II. S. 46. Malblank S. 33 – 38.

302) Zöpfl S. 174 Not. 1.

303) Malblank S. 83 — 86.

304) Mittermaier, Strafverf. I. §. 53. 54.

305) Damhouder c. 37. Malblank S. 77 — 82.

306) Vorr. der P.G.O. v. Wächter, Symb. ad hist. CCC. p. 8. 9.

307) Eichhorn II. §. 266 — 269. III. §. 440 — 444. Zöpfl II. 1. S. 81 – 91. 177 — 179. Mittermaier, D. Pr.R. §. 15.

308) Rescr. Conr. II. a. 1038. Pertz III. p. 40.

309) Radev. de gest. Frid. I. lib. II. c. 54. Auth. Habita C. 4, 13. 1. f. Zöpfl II. 1. S. 86 n. 8—11.

kaiserliches Gesetzbuch zu betrachten sei [310]), welche Ansicht bald sich praktisch machte, sofern die deutschen Kaiser sich als Nachfolger Justinians betrachteten [311]), und eine allgemeine Verbindlichkeit des römischen Rechts im ganzen Umfange des römischen Reichs behauptet wurde [312]). Hatte nun solchen Ansichten schon ausserhalb Deutschlands die Errichtung von Universitäten mächtigen Schwung verliehen, so blieb dasselbe auch in Deutschland nicht aus, da die deutsche Jugend erst in den lombardischen Rechtsschulen eifrig studirte, später aber die gleiche Quelle neuen Wissens auch im Vaterlande reichlich floß [313]). Noch im 12ten Jahrhundert zwar wurde das römische Recht in Deutschland nicht unmittelbar gebraucht. Allein zunächst bildete schon das kanonische Recht die Brücke für das römische, obgleich die Päbste letzteres keineswegs unbedingt anerkannten [314]). Schon um die Mitte des 13ten Jahrhunderts findet man daher viele römische Rechtssätze in süddeutsche, seit dem 14ten Jahrhundert auch in norddeutsche Rechtsdenkmäler übergegangen [315]). Seit dem 14ten Jahrhundert tritt die Ansicht, daß das römische Recht ein gemeines kaiserliches, neben den Reichsgesetzen und dem in den Rechtsbüchern bezeugten gemeinen Landrechte eo ipso anwendbares Recht sei, auch in kaiserlichen Urkunden und deutschen Reichsgesetzen mehr und mehr hervor [316]). Unzweifelhaft verbreitete sich während des 15ten Jahrhunderts die Kenntniß des fremden Rechts in Deutschland immer allgemeiner, und drang dasselbe in

---

310) Chron. Ursp. bei Zöpfl II. 1. S. 85 n. 5.

311) Radev. l. c. II. 4. N. Samml. d. R.A. II. S. 28. P.G.O. Art. 117. 118. 120.

312) Otto Fris. Chron. III. Prol. Pütter, Lit. d. deutschen Staatsr. I. S. 34 f.

313) Pütter a. a. O. I. S. 75.

314) v. Savigny, Gesch. II. S. 274. Stein III. S. 327—331. Zöpfl II. 1. S. 93. 94. n. 5—9.

315) Zöpfl S. 87 — 89. n. 13 — 15.

316) R.A. 1342. (N. Samml. I. S. 44.) Vgl. Fischer, Entw. einer Gesch. d. deutsch. R. §. 33. Zöpfl II. 1. S. 89 n. 16–18. Eichhorn III. §. 440. Not. b. k – n. Vergl. Gesetze von 1356, bes. G.B. c. 24. v. Wächter, württ. Privatr. I. S. 76 n. 4. Reyscher, württ. Privatr. I. §. 26. n. 2. 3. Vgl. Ders. Zeitschrift für deutsches R. IX. S. 380 f.

Gerichte und Lokalrechte ein [317]. Besonders waren es, neben der Begünstigung, welche die Fürsten dem römischen Rechte angedeihen ließen [318], die Universitäten, welche den Sieg desselben vermittelten [319]. Denn durch sie bildete sich eine romanistische Rechtswissenschaft, welche mit dem ganzen Gewichte geistiger Ueberlegenheit dem verzettelten, wissenschaftlich nicht geadelten, durch keine koncentrirte, von oben her auktorisirte Rechtsquelle gehaltenen, überdieß in einer verwilderten und unbeaufsichtigten Rechtspflege verkommenden einheimischen Rechte gegenüberstand. Dieses Moment war um so bedeutungsvoller, als sich um jene Zeit, die in Allem einen reformatorischen Charakter hatte, auch in Deutschland die Kenntniß des klassischen Alterthums überhaupt und der Trieb, sich in der Quelle seiner reinen Humanität zu verjüngen, verbreitete [320]. Die überlieferte Bildung einer großartigen Vergangenheit vertrat für jene Zeit die Stelle der Philosophie, für welche sie noch nicht reif war; daher wurde auch das Recht jener Vergangenheit als eine ratio scripta angesehen [321], und die Begeisterung verschaffte ihm einen Einfluß, der weit über das Bedürfniß hinausging. Abgesehen davon, daß das römische Recht, seiner eigenthümlichen Zusammensetzung gemäß, zwar einerseits absolutistischen, andererseits aber auch republikanischen Sympathieen, namentlich dem städtischen Interesse und dem Bedürfnisse nach Befreiung des Besitzes und des Verkehrs entgegenkam [322], so war es jedenfalls in Beziehung auf das Strafrecht dem Bedürfnisse der Landeshoheit genehm, indem es ein auf den Grundsatz der Verfolgung der Verbrechen im öffentlichen Interesse gebautes Strafrecht darbot.

Als entscheidendes Moment für den Sieg des römischen Rechts stellt sich nun dasselbe dar, was schon in der ersten Beziehung als solches erschien, — der ewige Landfriede und die damit verbundene Einsetzung des Reichskammergerichts [323], das nach römischem Rechte

317) Eichhorn III. §. 441. Not. e. g. v. Wächter a. a. O. S. 78. 79.
318) v. Wächter S. 76. n. 5.
319) Zöpfl II. 1. S. 90. 91.
320) L. Feuerbach, Gesch. der neuern Philosophie S. 25—27.
321) Eichhorn II. §. 269. Not. l.
322) Zöpfl II. 1. S. 177.
323) N. Samml. d. R.A. II. S. 7. Harpprecht, Staatsarch. d. R.K.G.

zu sprechen angewiesen wurde, und diese Anweisung treulich befolgte. Hatte das römische Recht bisher dem deutschen immer noch einen Platz neben sich gegönnt, so erfolgte von nun an eine rasche und heftige Umwälzung im geltenden Rechte. Es verbreiteten sich neue Ansichten über das Wesen des positiven Rechts überhaupt; man forderte geschriebenes Recht oder besonders bewiesene Gewohnheiten [324]), daher denn auch die Urtheile in Strafsachen nicht mehr nach der besten Ueberzeugung der Richter, sondern nach geschriebenen Normen erfolgen sollten. Die Folge war, daß die gelehrten Richter auf das als jus incertum behandelte einheimische Recht herabsahen [325]), und die Rechtsbücher vom Ende des 15ten Jahrhunderts ab, wo sie nicht ausdrücklich als Territorialrecht eine besondere Sanktion erhielten, ihre Auktorität immer mehr einbüßten; deßgleichen, daß man eine gänzliche Umänderung der Gerichtsverfassung vornahm [326]), d. h. Stadtgerichte und höhere Landesgerichte mit gelehrten Richtern besetzte, dagegen die vorerst noch im alten Stande verbleibenden an die letzteren oder an die Juristenfakultäten verwies.

Gleichwohl machte der ewige Landfriede hier so wenig, als in der ersten Beziehung, einen vollkommenen Abschluß. Ausgesprochen war nun allerdings die Unentbehrlichkeit des römischen Rechts für Deutschland. Es war nicht mehr blos als Gewohnheitsrecht, sondern auch reichsgesetzlich [327]) ausdrücklich als gemeines deutsches Recht erklärt. Auch wurde der Sieg vorerst in's Extrem verfolgt, indem weder Theoretiker, noch Praktiker jener Zeit Kritik genug besaßen, und die wahre Grenze zwischen der Anwendbarkeit des einheimischen um des fremden Rechts aufzufinden [328]), worüber die lebendige

---

I. S. 88. 91. II. S. 79. Eichhorn III. §. 442. Bluntschli I. S. 319.

324) Württ. Hof-G.O. (Reyscher IV. 108.)

325) Petr. ab Andl. bei Zöpfl II. 1. S. 180 Not. 2—4.

326) Württ. L.R. von 1555 und 1567. Reyscher, württ. Privatr. I. §. 27. n. 4. Sächs. V.O. von 1432 bei Günther, das Priv. de non app. d. Haus. Sachs. S. 20. Harpprecht a. a. O. V. S. 256.

327) v. Wächter, gem. R. S. 27—29. 180—183. 199—201 und Meister ib. cit.

328) Zöpfl II. S. 188 n. 4—6. Mein Art. in den Monatsbl. zur A. Allg. Zeit. Mai 1846.

Kenntniß des ersteren mehr und mehr in's Versiegen kam. Sehr natürlich war es daher, daß sich gegen die unbedingt romanisirende Tendenz eine volksmäßige Opposition erhob [329]), die freilich gegen die wissenschaftliche Uebermacht vorerst aus dem Felde weichen mußte. Aus dem kosmopolitischen Aufschwellen des deutschen Volksgeistes war das Bedürfniß hervorgegangen, das Recht des klassischen Alterthums und der allgemeinen christlichen Kirche aufzunehmen. Erst die — noch jetzt in der Lösung begriffene — Aufgabe einer wissenschaftlich reiferen Folgezeit konnte es werden, jene Einseitigkeit wieder zu mäßigen und in allen denjenigen Gebieten, worin der germanische Geist über den antiken hinausgeschritten ist, wie Familie, Staat 2c., dem nationalen Rechte die gebührende Geltung wieder zu verschaffen [330]).

Auch im Strafrechte war es übrigens keineswegs das reine römische Recht, was man vor Augen hatte, sondern dieses Recht, wie es als lebendiges jus commune, verschmolzen mit dem kanonischen und mit städtischem Statutarrechte germanischen Ursprungs in der italienischen Doktrin und Praxis sich gestaltet hatte [331]). Gerade der Niederschlag germanischer Rechtsanschauungen in den italienischen Städtestatuten, und die Geschicklichkeit, womit die dortigen Juristen dieses Statutarrecht mit dem gemeinen zu verbinden wußten, war für das deutsche Recht um so wichtiger [332]), je kritikloser und fanatischer man in Deutschland Anstalt machte, dem fremden Rechte alle volksthümliche Errungenschaft aufzuopfern. Schon die Glossatoren, die Scribenten und ihre Nachfolger beschäftigten sich regelmäßig auch mit dem Strafrecht [333]), — die Kanonisten wenigstens mit dem kirchlichen und mit dem Proceß [334]). Speciell mit

---

329) Hagen, hist. Abh. zur deutschen Gesch. S. 183. 193 f. Geist der Reform. I. S. 334 f. Oechsle, Bauernkrieg S. 153. 283. Eichhorn III. §. 408. Anm. 1 Zöpfl II. 1. S. 178 n. 1. S. 184 — 188.

330) s. besonders Reyscher, Zeitschr. f. deutsch. R. IX. S. 337—410.

331) Gans, Erbrecht III. S. 231 f. Mittermaier, Strafverf. I. §. 15 f. Roßhirt I. S. 34—42. 168—170. 203—215.

332) Vgl. v. Wächter, gem. R. Deutschl. S. 68. 72.

333) v. Savigny, Gesch. d. R.R. im M.A. Biener, Beitr. S. 78 — 119. Roßhirt I. S. 204. 205. Zöpfl II. 1. S. 179 n. 6—8.

334) Zöpfl S. 96 n. 17. Roßhirt I. S. 206.

dem Strafrecht beschäftigten sich meist die Praktiker in großen Städten [335]). Die Schriften dieser Männer wurden aber infolge des lebhaften Verkehrs mit Italien auch in Deutschland bekannt und ein Gegenstand eifrigen Studiums.

Indessen war ihr Einfluß auf deutsche Bestrebungen kein gleichförmiger. Namentlich zeigten gesetzgeberische Arbeiten ihnen gegenüber weit mehr nationales Selbstbewußtsein, als die eben noch in den Windeln liegende Doktrin [336]). Was zunächst diese betrifft, so lag es in der Natur der Rhetoriken und Formularbücher [337]), daß sie sich mit dem Strafrecht nur wenig befaßten. Wo sie dieß thun, da romanisiren sie nach Kräften, während sie sich im Privatrechte noch mehr an deutsches Recht halten. Um so mehr wurde das Strafrecht Gegenstand der Darstellung in dem unter Seb. Brandt's Namen herausgekommenen richterlichen Klagspiegel [338]), und in Ulr. Tenglers Laienspiegel [339]). Beide Schriften, die bald eine Reihe von Nachahmungen hervorriefen, haben vergleichungsweise ihr Verdienst, indem sie wenigstens den Zweck erreichten, das praktisch anwendbare römische Recht in populär faßlicher Weise möglichst allgemein bekannt zu machen. Freilich verbreiteten sie aber nicht nur das Brauchbare, sondern auch das Unbrauchbare, das dann auf Kosten des einheimischen Rechts doch in Gebrauch kam, und zwar auf eine Weise, wie sie die Wissenschaft in ihren ersten Anfängen charakterisirt.

Weniger sklavisch gegen das fremde Recht zeigten sich die gesetzgeberischen Arbeiten, welche demselben Bedürfnisse entsprangen, der Verwirrung abzuhelfen, wie sie durch das Eindringen des fremden Rechts nothwendig entstehen mußte. Doch ist es wohl nicht richtig, wenn darin [340]) eine Opposition gegen das römische Recht

---

335) Roßhirt I. S. 208—215.

336) v. Wächter, gem. R. S. 67—73.

337) Senkenb. Meth. p. 146 vision. p. 113 seq. Eichhorn III. §. 443. Zöpfl II. 1. S. 181 n. 5. 6. Malblank §. 22.

338) Adrian, in Liedes Zeitschr. n. f. I. S. 425 f. Zöpfl II. 1. S. 181 n. 7. 8.

339) Eichhorn III. §. 443. Not. S. 9. Zöpfl S. 183 n. 13—15. Feuerbach, Bibl. II. 146 f. Malblank §. 23. 24. Roßhirt I. S. 230—234.

340) Z. B. von Zöpfl II. 1. S. 191 f.

gefunden werden will. Das Bewußtsein, daß dieses einer andern Zeit und Volksthümlichkeit, ja einer völlig andern Weltanschauung angehöre, daher nicht unmittelbar auf den gegenwärtigen Zustand und das deutsche Volksleben übergetragen werden könne, fehlte jener Zeit im Ganzen durchaus [341]), wenn auch einzelne tieferblickende Männer es hatten und aussprachen [342]). Am wenigsten darf die mehrfach schon an Maximilian I. gerichtete Aufforderung, beziehungsweise der darauf gefaßte Plan [343]) zu einer allgemeinen Reichsgesetzgebung in jenem Sinne aufgefaßt werden. Denn es zeugt von einer sehr niedrigen Auffassung der Aufgabe, wenn der Vorschlag gemacht wurde, der Kaiser möge das römische Recht in einen Auszug bringen lassen, und dann alles Schreiben über das neue kaiserliche Recht verbieten, — oder wenn der Plan deßwegen wieder aufgegeben wurde, weil man dafür hielt, daß er durch die Laienspiegel schon ausgeführt sei. Was zur Kodifikation antrieb, war nur theils die Nothwendigkeit, einem und dem andern deutschen Rechtsinstitute, das nun einmal in der Praxis feststand, gesetzliche Geltung zu verschaffen, und überhaupt die Grenzen der Anwendbarkeit des fremden Rechts zu stecken, welche die Wissenschaft nicht aufzufinden vermochte, — theils das Bedürfniß, Kenntniß und Verständniß des römischen Rechts zu erleichtern und für die Anwendung die gelehrten Streitfragen möglichst abzuschneiden. Alle hierher gehörigen Gesetzgebungen haben daher die unbestrittene Voraussetzung der Anwendbarkeit des römischen Rechts im Ganzen gemein, so daß es nur da nicht eintreten soll, wo es ausdrücklich ausgeschlossen sei. Größtentheils sind sie denn auch aus dem römischen Rechte geschöpft, und wollten aus ihm interpretirt sein [344]). Zu denselben gehören theils allgemeine, die sich vorzugsweise mit dem Privatrecht befassen, aber meist auch ausführliche strafrechtliche Bestimmungen enthalten, theils Stadtrechte, theils Landrechte [345]), — theils besondere Gesetzgebungen für Strafrecht und Proceß, wie die Tyroler Malefizordnung u. a.

---

341) In Beziehung auf das Strafverfahren ist es noch jetzt nicht allgemein durchgedrungen. Doch!! 12. März 1848.

342) Zöpfl II. 1. S. 178 n. 1.

343) Eichhorn III. §. 444. Not. f. g. Vgl. Reyscher, Zeitschr. für deutsches Recht IX. S. 344.

344) Zöpfl II. 1. S. 193. 194.

345) v. Wächter, gem. R. S. 39 f.

Allein diese Gesetzgebungen, so sehr sie von einander borgten, und alle zusammen das fremde Recht ausbeuteten, so wenig sie partikularistisch zu sein strebten und glaubten, waren dieß doch, oder legten wenigstens den Keim zu neuer Partikularisation. Ja gerade mit den Fortschritten, die sie machten, setzten sie sich nur in noch schärferen Kontrast mit dem Rechte anderer Gebiete. Der Hauptübelstand der Zerrissenheit des Rechts war also dadurch keineswegs aufgehoben. Ebensowenig konnten jene, formell doch immer nur lokalrechtlichen, Gesetzgebungen dazu dienen, den Streit über die Grenzen der Anwendbarkeit des fremden Rechts befriedigend zu schlichten, um so weniger, als sie, sofern sie das einheimische Recht in Schutz nahmen, die überall auf gleiche Weise eifernde Wissenschaft gegen sich hatten.

Es war jedoch eine gemeingültige Entscheidung dieses Streits, überhaupt Gleichförmigkeit des Rechts in keinem Rechtstheile größeres Bedürfniß, als im Strafrechte, dessen Energie durch die Zersplitterung der Gerichte im höchsten Grade gelähmt wurde. Wenn irgendwo, so mußte hier der Mißstand, der aus der Auflösung des mittelalterlichen Staates und den damit verbundenen Gährungen folgte, mit dem Gefühl der Unerträglichkeit zum Bewußtsein kommen. In der That wurden denn auch gegen das Ende des 15ten Jahrhunderts die Klagen und Forderungen [346]) immer lauter, als deren Resultat sofort i. J. 1532 die peinliche Gerichtsordnung K. Karls V. hervortrat.

---

346) Harpprecht, Staatsarchiv II. Beil. nr. 111. 180. III. Beil. nr. 236. 242 – 244. IV. 2. Beil. nr. 338. N. Samml. d. R.A. II. S. 46. 206. 292. 321. 360. Malblank S. 172—190. v. Wächter, Symb. ad hist. CCC.

III.

Ueber zwangsweise Abtretung
von Eigenthum und anderen Rechten
(Expropriation).

Von

J. J. Treichler.

Einleitung.

§. 1. Begriff der Zwangsabtretung oder Expropriation.

Unter Expropriation (Enteignung, Zwangsveräußerung, Zwangsabtretung, expropriation pour cause d'utilité publique) versteht man denjenigen Akt, wodurch der Inhaber eines Rechtes gezwungen wird, dieses Recht aus Rücksicht für das öffentliche Wohl und gegen vorgängige volle Entschädigung entweder an den Staat selbst oder an ein von der kompetenten Staatsbehörde hiezu autorisirtes Rechtssubject abzutreten.

Mittermaier spricht in seiner Definition blos von Abtretung von Eigenthum. Debray beschränkt die Expropriation gemäß dem französischen Gesetze auf Immobilien [1]).

Die Expropriation schließt also immer die Uebertragung eines bestehenden gültigen Rechtes ein. Es ist demnach nicht als Expropriation in dem oben bezeichneten Sinne des Wortes zu betrachten, wenn die gesetzgebende Gewalt ein bisher gültiges Privatrecht mit dem Wohle des Staates fernerhin für unvereinbar erklärt, dasselbe aus Rücksichten für das allgemeine Wohl aufhebt. In diesem Fall wird das Recht nicht übertragen, es wird vernichtet.

---

1) Mittermaier, im Staatslex. v. Rotteck und Welcker V. Bd. 2. Aufl. S. 789. Debray, Manuel de l'expropriation Paris 1845. p. 3.

Da ferner durch die Expropriation immer ein Recht übertragen wird, so folgt daraus, daß die Veränderung eines faktischen Zustandes im Interesse des öffentlichen Wohls, auch wenn dieser faktische Zustand einem oder mehreren Privaten sehr vortheilhaft gewesen wäre, nicht als Expropriation angesehen werde, mithin den Staat auch zu keiner Entschädigung verpflichten kann.

Zum Begriffe der Expropriation ist durchaus erforderlich, daß die Abtretung der fraglichen Rechte unfreiwillig, also gezwungen geschehe. Geschieht die Abtretung freiwillig, ohne allen Zwang von Seite der Staatsgewalt, so kann nicht von Expropriation, sondern blos von Kauf oder Schenkung die Rede seyn [2]).

Ein Haupterforderniß zum Begriffe der Expropriation ist, daß die Abtretung zum Besten des allgemeinen oder öffentlichen Wohles geschehe. Für bloße Privatinteressen gibt es also keine Expropriation [3]).

§. 2. Eintheilung dieser Lehre.

Die Lehre von der Expropriation läßt sich nach den zwei Hauptmomenten, welche dabei vorkommen, in zwei Theile theilen, in die Lehre von der Abtretung und in die Lehre von der Entschädigung. Beide Theile zerfallen wieder in zwei Abschnitte: 1) in die Lehre von den rechtlichen Grundsätzen über Abtretung und Entschädigung, 2) in die Lehre von der Anwendung dieser rechtlichen Grundsätze, oder in die Lehre vom Verfahren bei der Abtretung und bei Feststellung der Entschädigung. So bekommen wir folgende Eintheilung:

I. Theil: Die Abtretung.

1) Rechtliche Grundsätze über Abtretung. 2) Verfahren bei der Abtretung: Abtretungsprozeß.

II. Theil: Die Entschädigung.

1) Rechtliche Grundsätze über Entschädigung. 2) Verfahren bei Ausmittlung der Entschädigung: Entschädigungsprozeß.

Diese Eintheilung liegt auch dem badischen Expropriationsgesetze vom 28. August 1835 zu Grunde [4]).

---

2) Debray a. a. O. S. 6.

3) Debray a. a. O. S. 6. Nr. 5.

4) Vollständig abgedruckt in Dr. v. Reden's Buche über die Eisenbahnen in Europa und Amerika. S. 50 ff.

§. 3. Geschichtliches.

Die Expropriation ist erst in neuester Zeit zu großer Bedeutung gelangt. Im römischen Recht kommt sie in der heutigen Gestalt nicht vor. Der Grundsatz, daß Niemand gezwungen werden könne, sein wohlerworbenes Recht an einen Andern abzutreten, wurde sehr strenge innegehalten und nur in einigen wenigen Fällen eine Ausnahme und meistens zu Gunsten von Privaten gestattet. So setzt L. 12. pr. D. de religiosis (11. 7) fest, daß, wenn Jemand nicht zu einem Grabmale gelangen könne, ohne über das Grundstück eines Andern zu gehen, so könne der Innhaber dieses Grundstückes gezwungen werden, den nöthigen Weg gegen gerechte Entschädigung herzugeben. Jedoch soll bei Anlegung dieses Weges das Eigenthum des Abtretungspflichtigen möglichst geschont werden.

Die Praxis hat diese Stelle später auch auf den sogenannten Nothweg angewandt. Wer nicht auf sein Grundstück gelangen kann, ohne den Weg über das Grundstück eines Andern zu nehmen, der kann gegen Entschädigung eine Wegservitut über dieses Grundstück verlangen. Ausdrücklich wird ferner in L. 14. §. 1. D. quemadm. serv. (8. 6) bestimmt, daß jeder Grundeigenthümer verbunden sei, gegen Entschädigung den nöthigen Weg zu öffentlichen Grundstücken herzugeben.

Das deutsche Recht brachte es in der Entwicklung dieser Rechtsinstitute nicht viel höher als das römische.

Erst der neuesten Zeit war es vorbehalten, der Expropriation eine früher nie geahnte Ausdehnung zu verschaffen. Je mehr von Seite des Staates die Verpflichtung anerkannt wurde, für gemeinnützige Anstalten, Straßen, Eisenbahnen, Austrocknung von Sümpfen und dergleichen zu sorgen, desto mehr zeigte sich auch die Nothwendigkeit, das Privateigenthum für diese Zwecke in Anspruch zu nehmen und diese Abtretung nöthigenfalls zu erzwingen. Viele Staaten begnügten sich daher bald nicht mehr, das Recht zur Expropriation in allgemeinen Ausdrücken in die Verfassung aufzunehmen, sie erließen auch eigene Gesetze über Zwangsabtretung, ja die Gesetzgebung mehrerer Staaten hat sich in sehr kurzer Zeit mit diesem Gegenstande mehrmals beschäftigt. Zürich hat seit 1830 drei Expropriationsgesetze.

§. 4. Litteratur.

Die Lehre von der Expropriation ist von den Deutschen noch sehr wenig bearbeitet worden, und doch gehört sie zu den interessantesten und wichtigsten der gesammten Rechtswissenschaft. Eine falsche Anwendung der Zwangsabtretung gefährdet sogar die Existenz des gesammten Privatrechtes.

Ueber Expropriation ist mir blos eine selbstständige deutsche Schrift bekannt. Ich meine

v. Wendts Neuester Expropriationscodex oder vergleichende Darstellung der wichtigsten ältern und neuern Gesetze über Canal und Straßenbau, Eisenbahnen u. dergl. Nürnberg 1837.

Diese Schrift enthält eine sehr willkommene, zweckmäßige Materialiensammlung verschiedener Expropriationsgesetze; die neuesten Expropriationsgesetze konnten freilich, da die Schrift keine zweite Auflage erlebte, nicht in dieselbe aufgenommen werden.

Dann ist noch zu bemerken:

Mittermaier, über gezwungene Eigenthumsabtretung im Staatslexikon von Rotteck und Welcker V. Bd. (2. Aufl.) S. 789 — 798.

Bopp im IV. Bd. von Weiske's Rechtslexikon, Artikel Expropriation. S. 136—141.

Conversationslexikon der Gegenwart. Bd. I. 1838. Art. Expropriation. S. 1237—1246.

Freiherr Friedr. Wilh. v. Reden, die Eisenbahnen in Europa und Amerika. Enthält einige Expropriationsgesetze S. 33 ff.

Die Franzosen besitzen über Expropriation eine reichhaltigere Literatur als die Deutschen: Gand, Ramon de la Croisette, Herson de Lelleau, Homberg, Stourm et Gillon, Cotelle, Duvergier, Decaudevaine, Théry, Debray haben über dieses Thema geschrieben. Von diesen französischen Schriften war mir blos das Buch von Debray zugänglich.

Es trägt den Titel:

Manuel de l'expropriation pour cause d'utilité publique par Debray, avocat à la Cour royale de Paris. Paris chez A. Durand, Libraire 1845.

Debray behandelt das neueste französische Gesetz vom 3. Mai 1841, verbreitet sich dann auch noch über die Expropriation in Algier.

I. Theil.

Die Abtretung.

Erstes Kapitel.

Vom Expropriationsrechte im Allgemeinen.

§. 5. Vertheidigung des Expropriationsrechtes gegen Egoisten und Kommunisten.

Die Expropriation ist, wie wir bereits gesehen haben, in den meisten Staaten nicht nur faktisch eingeführt, sondern auch gesetzlich anerkannt. Dennoch ist das Expropriationsrecht der Staaten kein unbestrittenes: Egoisten und Kommunisten greifen dasselbe an.

Den Egoisten ist die Expropriation zu kommunistisch. Die Heiligkeit des Privateigenthums gilt ihnen mehr als der öffentliche Nutzen, der individuelle Zweck mehr als der allgemeine; daher suchen sie das Recht zur Expropriation auf die eigentlichen Nothfälle zu beschränken.

Den Kommunisten dagegen ist die Expropriation zu egoistisch. Der Expropriation in ihrer jetzigen Gestalt liegt eine ausdrückliche Anerkennung der Heiligkeit des Privateigenthums zu Grunde. Der Staat verpflichtet den Exproprirenden ausdrücklich dem Exproprirten das abgetretene Privatrecht so vollständig als möglich zu ersetzen. Nach der Ansicht der Kommunisten ist aber das Privateigenthum das größte Uebel der Welt. La propriété c'est le vol, sagt Proudhon. Alles Privateigenthum soll Staatseigenthum werden. Dadurch würde freilich die Expropriation radikal beseitigt. Denn hat der Staat einmal Alles und der Einzelne Nichts, so ist die Expropriation nicht mehr möglich.

Aber sowohl die Egoisten als die Kommunisten sind im Unrechte. Es ist eben so verkehrt und kurzsichtig, die Expropriation blos in den alleräußersten Nothfällen zu gestatten, als es verkehrt und kurzsichtig ist, alles Privateigenthum aufzuheben und an dessen Stelle ein großes Staatsgut zu setzen, das Alle gemeinschaftlich bilden und verzehren helfen. Um dieß darzuthun, müssen wir auf die obersten Prinzipien alles Rechtes zurückgehen.

Jeder Mensch strebt frei, oder wenn ich mich vulgär ausdrücken soll, glücklich zu werden. Frei wird aber der Mensch nur, wenn er alle seine Kräfte harmonisch entwickeln und seine Bedürf-

nisse naturgemäß befriedigen kann. Diese Aufgabe erreicht der Mensch nur mit andern Menschen, die mit ihm den gleichen Zweck und daher auch das gleiche Interesse haben, daß diejenigen Institute hergestellt werden, welche zur Erreichung dieses Zweckes nöthig sind. Der Staat als die konstituirte Zweckgemeinschaft hat also die Förderung und Entwicklung aller sittlich berechtigten Interessen der Einzelnen durch die Gesammtheit Aller zum Zweck.

Die sittlich berechtigten Interessen sind theils solche, welche allen Menschen gemeinschaftlich sind, theils besondere individuelle, welche jeder Mensch auf seine eigene Weise befriedigt. Alle Menschen bestehen aus den gleichen Elementen, die Menschennatur ist in ihren Grundzügen überall dieselbe, aber diese gleichen Elemente sind in jedem Menschen in quantitativer Beziehung verschiedenartig gemischt und kombinirt, jeder Mensch ist daher wieder ein Besonderes.

Aus der Allgemeinheit der Menschennatur und der daraus hervorgehenden Gleichheit und Allgemeinheit einer großen Anzahl sittlich berechtigter Interessen folgt die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit von gemeinsamen Behörden, Gesetzen, Schulen, Armenhäusern u. dgl. Diese Mittel müssen, da sie für alle Staatsangehörigen verwendet werden, auch durch die Thätigkeit aller arbeitsfähigen Bürger hergestellt werden. Ein hinreichender Staatsschatz ist also eine der ersten Bedingungen, zur Entwicklung der allgemeinen Menschennatur.

Die Menschen haben aber, wie schon bemerkt, nicht alle Interessen mit einander gemein, jeder hat wieder seine besondere Zwecke, seine eigene Interessen. Die Menschen sind nicht bloße Gattungswesen, sie sind Individuen. Und als Individuen, d. h. als Wesen, bei denen die allgemeinen Elemente der Menschennatur in quantitativer Beziehung verschiedenartig gemischt erscheinen, haben sie auch das Bedürfniß sich auf eigene, besondere Weise zu entwickeln. Jedes Individuum muß daher im Staate eine gewisse Sphäre frei haben, in welcher es ledig von aller zwingenden Staatsgewalt sich nach Belieben bewegen kann, so lange es Andere in ihrer rechtmäßigen Entwicklung nicht beeinträchtigt. Diese freie individuelle Entwicklung ist nur möglich, wenn der Einzelne Gelegenheit hat, die zu seinem individuellen Zweck erforderlichen Mittel zu erwerben und diese Mittel ausschließlich zu benutzen. Folgt aus der Allgemeinheit gewisser sittlich berechtigter Interessen die Nothwendigkeit

eines allgemeinen allen gleichmäßig zustehenden Staatsschatzes, so folgt aus der Besonderheit der von jedem Individuum auf seine eigene Weise gehegten Interessen die Nothwendigkeit eines besondern, jedem Individuum ausschließlich zustehenden Schatzes der Mittel. Das Privateigenthum ist also für die Entwickelung der Menschen ebenso nothwendig wie das Staatseigenthum. Immerhin sind aber die besondern Zwecke den allgemeinen und daher auch die Privatrechte den Staatsrechten untergeordnet. Wenn also der Staat zur Forderung allgemeiner sittlich berechtigter Interessen eines Mittels bedarf, welches sich nicht im Staatsschatze, wohl aber in dem rechtmäßig erworbenen Vermögen eines Einzelnen befindet, so ist der Staat berechtigt, den Inhaber dieses Rechtes zur Abtretung zu zwingen. Es ist besser, das Interesse des Einzelnen leide als das Interesse der Gesammtheit. In allen Fällen, in welchen das Staatsinteresse mit dem Privatinteresse in Konflikt geräth, muß das letztere dem erstern weichen, der Staat als die höhere Existenz hat das stärkere Recht. Wird aber der Staat in die Nothwendigkeit versetzt, das wohl erworbene Recht des Einzelnen für seine Zwecke in Anspruch zu nehmen, so muß er dem Einzelnen dieses Recht so vollständig als möglich ersetzen. Es ist dieß eine nothwendige Konsequenz aus dem Prinzipe, daß der Staat die individuelle Entwicklung ohne Noth nicht beeinträchtigen dürfe.

Aus dem Gesagten geht also hervor, daß sowohl die Egoisten als die Kommunisten mit ihren Angriffen auf das Expropriationsrecht des Staates im Unrechte sind. Der Staat kann die Expropriation nicht dadurch abschneiden, daß er das Privateigenthum aufhebt, ohne zum tyrannischen Unterdrücker der individuellen Entwicklung der Einzelnen zu werden. Der Staat kann aber auch nicht die individuellen Zwecke über die allgemeinen stellen, ohne die Anarchie an die Stelle der Ordnung, die Rohheit an die Stelle der Kultur zu setzen. Egoismus und Kommunismus sind beide gleich freiheitsmörderisch.

§. 6. Verfassungsmäßige Bestimmung des Expropriationsrechtes.

Die Expropriation ist ein durchaus nöthiges Institut, um die Collision zu heben, in welche das Staatsinteresse mit dem Privatinteresse gerathen kann. Die Expropriation ist ein Unrecht des Staates. Der Staat muß sich daher dieses Recht auch durch das Grund-

gesetz, die Verfassung gewährleisten lassen. In der That findet man denn auch das Expropriationsrecht in den meisten Verfassungsurkunden ausdrücklich anerkannt. In Bezug auf Inhalt und Form sind diese Verfassungsartikel freilich sehr verschieden, eine nähere Vergleichung derselben zeigt sogleich, daß man es hier mit einem durchaus modernen, erst noch in seiner Entwicklung begriffenen Institute zu thun hat. Um der Wichtigkeit willen, welche diese verfassungsmäßigen Bestimmungen für die ganze Lehre von der Expropriation haben, will ich hier eine Anzahl derselben anführen.

Die Verfassungsurkunde des Großherzogthums Baden sagt:

Niemand kann gezwungen werden, sein Eigenthum zu öffentlichen Zwecken abzugeben, als nach Berathung und Entscheidung des Staatsministeriums und nach vorgängiger Entschädigung.

Die Verfassung des Königreichs Würtemberg erklärt §. 30:

Niemand kann gezwungen werden, sein Eigenthum und andere Rechte für allgemeine Staats- oder Corporationszwecke abzutreten, als nachdem der Geheimerath über die Nothwendigkeit entschieden hat und gegen vorgängige volle Entschädigung.

Die bairische Verfassung erklärt:

Niemand darf gezwungen werden, sein Privateigenthum selbst für öffentliche Zwecke abzutreten, als nach einer förmlichen Entscheidung des versammelten Staatsrathes und nach vorgängiger Entschädigung.

Die Verfassung des Großherzogthums Hessen bestimmt:

Das Eigenthum kann für öffentliche Zwecke nur gegen vorgängige Entschädigung in Anspruch genommen werden.

Die kurhessische Verfassungsurkunde sagt in §. 31:

Das Eigenthum oder sonstige Rechte und Gerechtsame können für Zwecke des Staates oder einer Gemeinde, oder solcher Personen, welche Rechte derselben ausüben, nur in durch das Gesetz bestimmten Fällen und Formen und gegen vorgängige volle Entschädigung in Anspruch genommen werden. Ueber Nothfälle, in denen nur ausnahmsweise nachfolgende Entschädigung eintreten soll, wird ein besonderes Gesetz das Nähere bestimmen.

Die Verfassungsurkunde des Königreichs Sachsen vom 4. Sept. 1832 bestimmt in §. 31:

Niemand kann gezwungen werden, sein Eigenthum oder sonstige Rechte und Gerechtigkeiten zu Staatszwecken abzutreten als in den

gesetzlich bestimmten oder durch dringende Nothwendigkeit gebotenen, von der obersten Staatsbehörde zu bestimmenden Fällen und gegen Entschädigung, welche ohne Anstand ermittelt werden soll. Entsteht ein Streit über die Summe der Entschädigung, und der Eigenthümer oder der Berechtigte will sich bei der Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht beruhigen, so bleibt ihm unbenommen, die Sache im ordentlichen Rechtswege zur Erledigung zu bringen, es ist aber einstweilen die Abtretung zu bewirken und die von jener Behörde festgesetzte Summe ohne Verzug zu bezahlen.

Das Grundgesetz für die vereinigte landschaftliche Verfassung des Großherzogthums Sachsen Meiningen vom 23. Aug. 1829 verordnet:

Alle Unterthanen, auch Gemeinheiten, ingleichen das Domänen- und Schatullgut sind verbunden, Grundstücke, welche zu einem öffentlichen Zwecke, Anlagen von Landstraßen und Gemeindewegen, zu Erweiterung der Städte und öffentlichen Gebäude, Herstellung eines Straßenzuges in den Städten und zu Anlegung von Marktplätzen, insbesondere bei Wiederherstellung zerstörter Gebäude nöthig sind, abzutreten. Jedoch muß die Nothwendigkeit der Anlage und der Abtretung von der höhern Behörde anerkannt sein und gleich bei der Abtretung der volle gemeine, durch Abschätzung mit Berücksichtigung spezieller Verhältnisse auszumittelnde Werth, wo nicht durch Gesetz oder durch Vertrag mit dem Staate oder der Gemeinde selbst darüber bestimmt ist, aus der Staats- respekt. aus der Gemeindekasse vergütet werden.

Die Verfassung des Kantons Zürich drückt sich hierüber folgendermaßen aus (§. 15):

Die Verfassung sichert die Unverletzlichkeit des Eigenthums und gerechte Entschädigung für Abtretungen, die das öffentliche Wohl erheischt. Die Forderung, wenn sie streitig wird, ist Rechtssache. Das Gesetz wird das Nähere bestimmen.

Die Staatsverfassung des Kantons Bern vom 31. Juli 1846 sagt in §. 83:

Alles Eigenthum ist unverletzlich. Wenn das gemeine Wohl die Abtretung eines Gegenstandes desselben erfordert, so geschieht dieß einzig gegen vollständige und wenn möglich vorherige Entschädigung. Die Frage über Rechtmäßigkeit und Ausmittlung des Betrags der Entschädigung gehört vor das Gericht.

Die Verfassung des Kantons Glarus vom 22. Nov. 1842 sagt in §. 7:

Das Privateigenthum ist unverletzlich. Indessen räumt die Verfassung dem Staate das Recht ein, in Fällen, wo es das Staatsinteresse erheischt, von Privaten oder Gemeinheiten das Opfer eines unbeweglichen Besitzthums gegen gerechte, nach Anleitung der Gesetze auszumittelnde Entschädigung zu fordern.

Die Verfassung des Kantons Schaffhausen vom Jahre 1834 erklärt in §. 6:

Das Eigenthum ist unverletzlich und kann nur in Fällen, in denen der allgemeine Nutzen des Kantons oder einer Gemeinde solches nothwendig fordert, in Anspruch genommen werden. Wenn wegen der Entschädigung kein gütliches Uebereinkommen stattfinden kann, soll durch einen civilrechtlichen Ausspruch über die Nothwendigkeit der Abtretung des Eigenthums und das Maß der dem Eigenthümer zu leistenden Entschädigung entschieden werden.

Die Verfassung des Kantons St. Gallen erklärt §. 15:

Das Privateigenthum ist unverletzlich. Die Verfassung gewährleistet aber dem Staate das Recht in Fällen, wo es das Staatswohl unumgänglich erheischt, das Opfer eines unbeweglichen Besitzthums von Privaten oder Gemeinheiten fordern zu können, gegen volle in streitigem Falle durch den Richter zu bestimmende Entschädigung und nach Anleitung des Gesetzes, das auch die einschreitende Behörde zu bezeichnen hat.

Die Verfassung des Kantons Aargau vom 5. Januar 1841 setzt in §. 18 fest:

Die Verfassung sichert die Unverletzlichkeit jedes Eigenthumsrechtes. Zur Aufopferung des Eigenthums, wenn das öffentliche Wohl es erfordert, kann der Eigenthümer nur durch ein Dekret der gesetzgebenden Behörde und gegen volle vorherige Entschädigung angehalten werden. Die Art und Weise der Entschädigung bestimmt das Gesetz.

Zweites Kapitel.

Von dem Expropriationsrechte insbesondere.

§. 7. In welchen Fällen kann die Abtretung von Privatrechten zwangsweise verlangt werden.

Die Expropriation wurde von jeher als ein nothwendiges Uebel betrachtet. Wenn auch dem Expropriirten gerechte, volle Entschädigung

geleistet werden soll, so läßt sich doch nicht läugnen, daß ihm beim besten Willen das verlorne Object oft nur theilweise ersetzt werden kann. Jemand kann sich an einen Gegenstand seines Besitzes so sehr gewöhnt, ich möchte sagen, denselben so lieb gewonnen haben, daß ihm die Trennung von demselben recht schmerzlich wird. Der Müller von Sans-Souci z. B. wollte das Erbe seines Vaters selbst gegen übervolle Entschädigung nicht an den König abtreten. Mehrere Verfassungen sprechen daher auch von der Expropriationspflicht, wie von einem Opfer, welches der Einzelne dem Staate in gewissen Fällen zu bringen schuldig sei [5]).

Es muß daher jedem Expropriationspflichtigen sehr daran liegen, daß die Abtretung nur in Fällen stattfinde, wo das öffentliche Interesse es wirklich erheischt. Der Private muß dem Staate gegenüber eine gewisse Garantie haben, daß er nicht von oben herab, unter dem Scheine der Beförderung des Staatswohls in seinem rechtmäßigen Besitzthum gestört und belästigt werde. Daher ist bei der Expropriationsgesetzgebung vor Allem nothwendig, daß die Fälle genau und sicher bestimmt werden, in welchen der Einzelne zur Abtretung seiner Privatrechte verpflichtet ist. Eine solche genaue und scharfe Bestimmung der Expropriationsgründe ist aber auch für die Behörden von Wichtigkeit. Jede Staatsbehörde muß wissen, wie weit sie in ihrem Geschäftskreis gehen darf oder gehen muß, wenn sie ihrer Aufgabe genügen soll.

Die Gesetze verfahren in der Bestimmung der Expropriationsgründe verschieden:

I. Einige Gesetze führen die verschiedenen Expropriationsgründe alle speciell auf und beschränken das Recht zur Expropriation ausschließlich auf diese und auf die eigentlichen Nothfälle, die sich ihrer Natur nach nicht speciell durch das Gesetz bestimmen lassen [6]).

II. Andere Gesetze und zwar weitaus die meisten abstrahiren von der Aufzählung aller einzelnen Expropriationsgründe, sie wählen dann

a) entweder allgemeine Ausdrücke, um die Expropriationsgründe zu bezeichnen, wie z. B.

das französische Gesetz vom 3. Mai 1841 §. 1.

das zürchische Gesetz §. 1. oder

---

5) St. Gallische Staatsverfassung §. 15. Staatsverfassung des Kantons Glarus §. 7.

6) Bairisches Gesetz vom 17. Nov. 1837. Art. 1.

b) sie stellen ein allgemeines Princip auf, wie z. B. das badische Gesetz vom 28. August 1835 §. 2.

Das bairische Gesetz vom 17. Nov. 1837, welches den ersten Weg vorschlägt, bestimmt Art. 1:

Eigenthümer können angehalten werden, unbewegliches Eigenthum für öffentliche, nothwendige und gemeinnützige Zwecke abzutreten, oder mit einer Dienstbarkeit beschweren zu lassen, letzteres jedoch nur insoferne, als der Eigenthümer nicht vorzieht, auf Abtretung des zum Zwecke der Dienstbarkeit in Anspruch genommenen Theiles seines Grundeigenthums zu bestehen. Diese Abtretung kann übrigens nur eintreten

A. zu folgenden Unternehmungen:

1) Erbauung von Festungen oder sonstigen Vorkehrungen zu Landes-Defensions- und Fortifikationszwecken, insbesondere auch Militär-Etablissements.
2) Erbauung oder Erweiterung von Kirchen, öffentlichen Schulhäusern, Spitälern, Kranken- und Irrenhäusern.
3) Herstellung neuer oder Erweiterung schon bestehender Gottesäcker.
4) Regelung des Laufes und Schiffbarmachung von Strömen und Flüssen.
5) Anlegung neuer und Erweiterung, Abkürzung oder Ebenung schon bestehender Staats-, Kreis- und Bezirks-Straßen.
6) Herstellung öffentlicher Wasserleitungen.
7) Austrocknung schädlicher Sümpfe in der Nähe von Ortschaften.
8) Beschützung einer Gegend vor Ueberschwemmungen.
9) Erbauung von öffentlichen Kanälen, Schleusen und Brücken.
10) Erbauung öffentlicher Häfen oder Vergrößerung schon vorhandener.
11) Erbauung von Eisenbahnen zur Beförderung des innern oder äußern Handels und Verkehrs.
12) Aufstellung von Telegraphen zum Dienste des Staates.
13) Vorkehrung zu wesentlich nothwendigen sanitäts- oder sicherheitspolizeilichen Zwecken insbesondere.
14) Sicherung der Kunstschätze und wissenschaftlichen Sammlungen des Staates vor Feuers- und anderer Gefahr, allein auch in allen diesen Fällen nur 2c.

B. In Fällen öffentlicher Nothstände, nämlich bei Feuers-

und Wassergefahr, Erdbeben und Erdfällen, sowie in Kriegs- und anderer dringender Noth ꝛc.

Mittermaier hält eine solche genaue Anführung aller einzelnen Expropriationszwecke in konstitutionellen Staaten für das Zweckmäßigste, ich kann aber diese Ansicht nicht theilen. Werden die Expropriationszwecke alle einzeln aufgefaßt, so weiß der Abtretungspflichtige allerdings mehr oder weniger, wenn er die Abtretung mit Erfolg verweigern kann. Den Behörden ist dadurch der Mißbrauch der Expropriation bedeutend erschwert. Aber auch nur erschwert, unmöglich ist der Mißbrauch keineswegs. Man kann am Ende Kirchen und Straßen auch für den bloßen Luxus bauen. Und was kann man nicht Alles unter die sanitäts- und sicherheitspolizeilichen Zwecke bringen, welche das baierische Gesetz als Expropriationsgrund anführt! Die Aufzählung aller einzelnen Expropriationszwecke gibt also dem Privaten durchaus noch keine sichere Bürgschaft dafür, daß das von ihm verlangte Privatrecht auch wirklich für das allgemeine Recht verwendet werde.

Dagegen wird die Regierung manchmal in die Unmöglichkeit versetzt, Unternehmungen auszuführen, die für das allgemeine Wohl des Staates wirklich nothwendig sind. Es ist ein bezeichnender Zug der jetzigen Rechtsentwicklung, daß die Staatsgewalt ihren Wirkungskreis immer mehr ausdehnt, immer mehr Anstalten, welche früher den Privaten überlassen waren, zu Staatsanstalten erklärt. Und gerade das Bedürfniß, diese Entwicklung zu fördern, hat auf die Nothwendigkeit der Expropriation geführt. Die Gesetzgebung kann nur beim besten Willen nicht alle Fälle aufführen, in welchen die Expropriation nothwendig werden kann. Die spezielle Aufführung aller einzelnen Expropriationszwecke widerstreitet somit dem Zweck des Institutes.

Ebenso verfehlt scheint es mir, die Expropriationszwecke, wie dieß in den meisten Gesetzen geschieht, mit einem allgemeinen Ausdrucke zu bezeichnen. Das „öffentliche Interesse," das „öffentliche Wohl," das „gemeine Wohl," das „Staatswohl," das „Staatsinteresse," das „Beste des Landes," „öffentliche Zwecke," der „allgemeine Nutzen" sind Begriffe, so weit und vieldeutig, daß man alles Mögliche darunter subsumiren kann. Die Erfahrung hat denn auch gelehrt, daß die größten Gewaltthaten und schreiendsten Ungerechtigkeiten mit dem Staatsinteresse oder öffentlichen Wohle entschuldigt

werden. Es ist dem Geiste einer guten Gesetzgebung zuwider, der Gewaltthätigkeit einzelner herrschsüchtiger Menschen einen so großen Spielraum zu lassen, und die Lösung einer so wichtigen Frage mit einer allgemeinen Phrase bei Seite zu schieben.

§. 8. Fortsetzung. Principielle Lösung der Frage.

Es bleibt uns also nichts anderes übrig, als die Lösung unseres Problems auf prinzipiellem Wege zu versuchen. „Eine prinzipielle Behandlung allein," bemerkte der ministerielle Berichterstatter in der baierischen Kammer, „vermag dem Unternehmungsgeiste der gegenwärtigen Epoche in der unendlichen Mannigfaltigkeit seiner Schöpfungen zu folgen, und dem Gesetze Haltbarkeit für Gegenwart und Zukunft zu sehen." Die Aufstellung eines solchen Prinzips mag allerdings seine Schwierigkeiten haben, aber unmöglich, wie dieß in der württembergischen Ständekammer behauptet wurde, ist sie nicht.

Das badische Gesetz, welches eine prinzipielle aufzustellen versucht hat, sagt in §§. 1 u. 2.

„Niemand kann aus Gründen des öffentlichen Nutzens zur Abtretung seines Eigenthums oder anderer auf unbewegliche Sachen bezüglichen Rechte angehalten werden, ohne vorausgegangene Entschädigung.

Als öffentlich gilt der Nutzen der Unternehmungen, für welche die Abtretung gefordert wird, nicht nur, wenn er dem Staat unmittelbar, sondern auch, wenn er demselben blos mittelbar, zunächst oder unmittelbar aber einer Staatsanstalt oder einer oder mehreren Gemeinden zu gut kommt." —

Ist durch eine solche Bestimmung das Problem gelöst? Ich glaube, nein. Es bleibt auch hier noch, wenn gleich in geringerem Maße, die oben getadelte Unbestimmtheit. Nach meiner Ansicht läßt sich das Expropriationsprinzip folgendermaßen ausdrücken:

Jeder Staatsangehörige kann gezwungen werden, einzelne seiner Privatrechte gegen vorgängige volle Entschädigung zu Gunsten einer Unternehmung abzutreten, deren Ausführung der administrativen Gewalt durch ein Gesetz direkt oder indirekt zur Pflicht gemacht ist, und welche ohne Abtretung von Privatrechten nicht ausgeführt werden kann.

Damit also die Abtretung eines Privatrechtes mit Zwang verlangt werden könne, ist Zweierlei erforderlich:

1) Die Ausführung der Unternehmung, für welche das Expropriationsrecht in Anspruch genommen wird, muß der administrativen Gewalt durch ein Gesetz direkt oder indirekt zur Pflicht gemacht sein.

Es genügt also nicht, daß die administrative Gewalt erkläre, die fragliche Unternehmung sei im Interesse des öffentlichen Wohles nothwendig oder wenigstens von entschiedenem Nutzen für den Staat; sie muß auch ein spezielles Gesetz anführen, durch welches sie zur Ausführung der betreffenden Unternehmung verpflichtet wird, und dieses Gesetz muß so klar sein, daß über die Kompetenz der Administrativbehörde kein Zweifel herrschen kann. An diesem Requisite ist strenge festzuhalten, und jede Expropriation für Unternehmungen, bei welchen die Kompetenz der Administrativbehörde nicht außer Zweifel ist, als unstatthaft zu erklären. Dadurch allein erhält das sonst sehr gefährliche Institut der Expropriation eine feste und gerechte Basis und zugleich diejenige Elasticität, welche die fortschreitende Staatskultur fordert. Durch das Expropriationsgesetz soll nicht etwa das Kompetenzverhältniß der administrativen Gewalt zur gesetzgebenden regulirt werden; dasselbe setzt vielmehr die gesetzliche Regulirung desselben schon voraus, durch das Expropriationsgesetz soll bloß der Administrativbehörde ein Mittel an die Hand gegeben werden, die Ausführung der ihr von der gesetzgebenden Gewalt übertragenen Unternehmungen selbst dann vorzunehmen, wenn dazu die Abtretung von Privatrechten nöthig ist. Man hat sich bis jetzt diesen Zweck der Expropriationsgesetzgebung nicht klar genug gemacht, ist deßhalb auch nie zu einem festen soliden Boden gekommen. Daß durch die oben angeführte Bestimmung das Requisit des öffentlichen Nutzens nicht aufgegeben, sondern durchweg festgehalten wird, ist klar. Es wäre eine wahre Absurdität, wollte man annehmen, die Gesetzgebung werde die administrative Gewalt mit Ausführung von Unternehmungen beauftragen, welche dem Staate nichts nützten, sondern sogar schädlich wären. — Ebenso versteht sich von selbst, daß unter den obigen Voraussetzungen das Expropriationsrecht nicht bloß auf eine ein für allemal bestimmt abgeschlossene Zahl von Fällen beschränkt werden kann, wie z. B. im baierischen Gesetze, sondern auf alle Unternehmungen aus-

gedehnt werden muß, zu deren Ausführung die administrative Gewalt gesetzlich verpflichtet ist und die sich ohne Abtretung von Privatrechten nicht ausführen lassen. Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio. Wenn die gesetzgebende Gewalt der Administration bestimmte Aufträge gibt, so muß sie ihr auch die Mittel an die Hand geben, diese Aufträge zu erfüllen. Wenn also kein anderes Mittel hilft, so muß sie ihr gestatten zum Expropriationsrechte zu greifen. —

Noch könnte man sich fragen, ob die Anforderung, daß die Administrativbehörde zu der Unternehmung, für welche das Expropriationsrecht in Anspruch genommen wird, direkt oder indirekt durch das Gesetz verpflichtet sein müsse, nicht zu eng sei, und ob nicht auch das Expropriationsrecht auf Unternehmungen auszudehnen sei, zu welchen die Administrativbehörde durch das Gesetz blos berechtigt sei. Ich glaube aber, die erste Fassung genügt vollkommen. Bei allen Beamteten ist die Pflicht immer das Primäre, das Recht stets das Sekundäre. Vernünftigerweise können sie als Beamte blos insoweit besondere Rechte haben, als dieß nöthig ist, um ihrer Pflicht zu genügen. Ueberall also, wo eine Administrativbehörde zu einer Handlung berechtigt ist, ist sie auch dazu verpflichtet. —

2) Die Unternehmung, zu deren Ausführung die Administrativbehörde verpflichtet ist, muß ohne Abtretung von Privatrechten nicht ausgeführt werden können.

Diese Unmöglichkeit, gewisse für das allgemeine Wohl nothwendige Unternehmungen ohne Abtretung von Privatrechten auszuführen, hat auf das Institut der Expropriation geführt. Auch bei der jetzigen, fortgeschrittenen Entwicklung müssen wir strenge daran festhalten, daß eine zwangsweise Abtretung von Privatrechten nur zuläßig ist, sofern die Mittel für die Unternehmung, welche die Administrativbehörde ausführen soll, nicht auf andere Weise herbeigeschafft werden können, oder diese Herbeischaffung auf normalem Wege mit großen Nachtheilen für den Staat verknüpft wäre. Würde von dieser Beschränkung abgegangen, so könnte durch die Expropriation die Sicherheit des Privateigenthums jeden Augenblick auf die leichtfertigste Weise gefährdet werden.

§. 9. **Von wem kann das Expropriationsrecht in Anspruch genommen werden?**

Diese Frage beantwortet sich durch den vorhergehenden Paragraphen. Eigentlich können nur Administrativbehörden, welchen die Ausführung einer Staatsunternehmung gesetzlich zur Pflicht gemacht ist, das Expropriationsrecht in Anspruch nehmen. Nun ist es aber möglich, daß die administrative Gewalt die Ausführung einer solchen Unternehmung Gesellschaften oder Privaten überlassen darf, und wenn sie dieß thut, so geht dann auch das Expropriationsrecht für die betreffende Unternehmung auf die Privaten über, aber immer nur, so weit die Staatszwecke es erheischen, also so weit die Administrativbehörde das Expropriationsrecht selbst hätte ausüben können. Für Privatzwecke ist keine Expropriation zuläßig [7]). Immerhin bleibt aber die Administrativbehörde für richtige Ausführung der Unternehmung, sowie für gerechte Ausübung des Expropriationsrechtes verantwortlich.

Das baierische Gesetz sagt: Art. IV.

Die Entwehrung kann unter den Voraussetzungen des Art. I. in Anspruch genommen werden:

1) von öffentlichen Stellen und Behörden;

2) von Gemeinden und von denjenigen Gesellschaften und Privaten, denen von der Regierung unter Bedingungen, welche die Erreichung des Zweckes und seiner Gemeinnützigkeit sichern, die Ausführung einzelner im Art. I. aufgezählten Unternehmungen eingeräumt wird.

---

7) In **Württemberg** findet auch eine Expropriation zu Gunsten **Einzelner** Statt, in der sog. Baulosung. Privatpersonen, welche in Städten bauen, und keine eigene Wohnung haben, auch hinreichendes Vermögen zur Erbauung eines Hauses besitzen, können zu diesem Zweck unverbaute Hofstätten, Gärten und andere Plätze innerhalb Etters, sofern dieselben an die Straße stoßen, und zur Errichtung von Gebäuden nach dem Erkenntnisse des Gemeinderaths vorzugsweise tauglich sind, in Anspruch nehmen, vorausgesetzt, daß sie nicht nothwendige Zubehörden bestehender Gebäude (Einfahrten, Küchengärten) bilden, noch von dem Eigenthümer selbst, um seines eigenen Bedürfnisses willen, binnen 3 Jahren überbaut werden wollen. (Dr. Reyscher, gemeines und württ. Privatrecht II. Bd. 2. Aufl. §. 293.) Diese singuläre Bestimmung des württembergischen Rechtes läßt sich nicht wohl unter die oben §§. 8 u. 9 aufgestellten Grundsätze subsumiren.

§. 10. Welche Gegenstände können expropriirt werden?

Fassen wir das oben (in §. 8.) aufgestellte allgemeine Prinzip in's Auge, so können wir sagen:

Die Abtretung kann hinsichtlich aller fremden abtretungsfähigen Rechte verlangt werden, welche zur Ausführung der fraglichen Unternehmung nothwendig und geeignet sind.

Daraus folgt:

1) das Recht muß für den Exproprirenden ein fremdes sein.

Dieß ergibt sich schon aus dem Begriff der Abtretung. Findet sich das Recht im Besitze des Exproprirenden, so wird er es freiwillig zur Ausführung der Unternehmung verwenden. Ein Zwang des Exproprirenden gegen sich selbst ist eine Absurdität. Deßhalb ist auch an direktem Staatsgut keine Expropriation denkbar [7b]).

2) Das Recht muß abtretungsfähig, übertragbar sein.

Es genügt, daß das fragliche Recht im Allgemeinen der Abtretung fähig sei; ein Privatverbot, welches dem Besitzer des Rechtes die Veräußerung untersagt, hemmt die Zwangsabtretung nicht. Es können also auch Majorate, Fideicommisse expropriirt werden [8]).

3) Das in Anspruch genommene Recht muß zur Ausführung der Unternehmung geeignet und nothwendig sein.

Es genügt also nicht, daß im Allgemeinen anerkannt sei, daß sich die in Frage liegende Unternehmung ohne Abtretung von Privatrechten nicht ausführen lasse, es muß auch gerade das in Anspruch genommene Privatrecht zur Ausführung geeignet und nothwendig sein.

Weitaus in den meisten Fällen werden es Immobilien sein, welche expropriirt werden, denn hier zeigt sich die Unmöglichkeit, ein bestimmtes Immobile bei einer gewissen Unternehmung durch andere zu ersetzen, am allerstärksten; daher hat auch das Institut der Expropriation zuerst bei Immobilien seine Anwendung gefunden, und noch jetzt beschränken es gewisse Expropriationsgesetze blos auf Immobilien und daran klebende Rechte [9]).

7b) Anderer Meinung Debray a. a. O. S. 7 Nr. 7.

8) Debray a. a. O. S. 7.

9) Französisch. Ges. v. 3. Mai 1841. Debray a. a. O. S. 7. Bairisch. Ges. Art. 1. Badisch. Ges. Art. 1.

Allein mit Unrecht. Eine solche Beschränkung widerspricht dem oben in §. 8 aufgestellten Principe über Expropriation. Es läßt sich gar kein vernünftiger Grund denken, warum die Administrativbehörde bei Ausführung einer gesetzlichen Unternehmung nicht auch andere Rechte expropriren dürfte, wenn diese Ausführung ohne die Abtretung dieser Rechte nicht möglich ist. Wie soll in diesem Fall die Unternehmung etwa aufgegeben und das allgemeine Wohl dem Privatwohl geopfert werden? Mit Recht dehnen daher gewisse Expropriationsgesetze das Recht zur Expropriation auf alle abtretungsfähigen Privatrechte aus [10]).

§. 11. Wie ist die Expropriation auszuüben?

Das Expropriationsrecht ist von der Administrativbehörde stets mit möglichster Schonung für die wohlerworbenen Rechte des Einzelnen auszuüben. Man muß auch hier immer den Zweck der Expropriation, die Ausführung der Unternehmung im Auge behalten, und jeden Eingriff in die Privatrechte als unzulässig erklären, der sich zur Realisirung dieses Zweckes nicht als unumgänglich nothwendig darstellt. Wenn also z. B. Jemand zwei oder mehrere Objecte besitzt, welche sich alle zur Expropriation gleichmäßig eignen, so muß es dem Abtretungspflichtigen frei stehen, welches er abtreten wolle, u. s. f.

Hier kommt denn auch die Frage zur Sprache, ob bei Gegenständen, deren Theilung nachtheilig auf die Benützbarkeit des Gesammtgegenstandes zurückwirkt, auf theilweise Abtretung erkannt werden dürfe, oder ob die Administrativbehörde verpflichtet werden könne, bei solchen Gegenständen das Ganze zu übernehmen? Das badische Gesetz vom 28. August 1835 Tit. III. §. 29 enthält hierüber folgende Bestimmung: Ist nur ein Theil einer Liegenschaft abzutreten und bringt die neue Anlage dem übrig bleibenden Theile auch in andern Beziehungen Nachtheile, so kommen bei Bestimmung der Entschädigungssumme auch diese in Betracht. §. 30. Ist ein Theil eines Gebäudes zur Abtretung bestimmt, so kann der Eigenthümer verlangen, daß ihm auch der übrige Theil abgenommen und

---

10) Zürchisch. Ges. über Abtretung §. 1. Würtembergische Staatsverf. §. 30. Sächsische Staatsverf. §. 31.

für das Ganze Entschädigung geleistet werde. §. 31. Auch da, wo Eines von mehreren zu demselben Gewerbsbetrieb gehörigen Gebäuden oder ein zum Betrieb erforderlicher Platz abgetreten werden soll, kann der Eigenthümer verlangen, daß ihm die zum nämlichen Gewerbsbetrieb gehörigen Gebäude oder Plätze insgesammt abgenommen werden, wenn ihm durch die Lostrennung des abzutretenden Theils der Betrieb unmöglich gemacht, oder doch wesentlich erschwert würde, ohne daß das Hinderniß durch eine angemessene Einrichtung beseitigt werden konnte. Eben dasselbe gilt auch da, wo eines von mehreren, zu demselben Landwirthschaftsbetrieb gehörigen Gebäuden oder ein dazu erforderlicher, dabei gelegener Platz abgetreten werden soll. §. 32. Ist von andern Gütern ein Theil abzutreten, so kann der Eigenthümer, auch wenn sie zu einem und demselben landwirthschaftlichen Betriebe gehören, gleichwohl nicht fordern, daß ihm das Ganze abgenommen werde, wohl aber, daß er außer dem Werthe des abzutretenden Theils und außer dem Betrage, um welchen der übrigbleibende Theil etwa in Folge der neuen Anlage minder werth wird, auch für dasjenige Vergütung erhalte, um was der übrigbleibende Theil durch seine eigene Verkleinerung oder Zerstückelung wegen Erschwerung des Anbaues oder aus andern Gründen für den Inhaber an seinem Werthe verliert. Verliert jedoch der übrigbleibende Theil in dieser doppelten Beziehung mehr als einen Viertel seines Werthes, so kann die Verwaltungsbehörde nicht angehalten werden, den dieses Viertel übersteigenden Betrag zu ersetzen, wenn sie sich erbietet gegen Entschädigung das ganze Gut zu übernehmen. §. 33. Soll eine Berechtigung abgetreten werden, so kann der Eigenthümer der Liegenschaft, zu deren Vortheil sie besteht, fordern, daß ihm die Liegenschaft selbst abgenommen werde, wenn dieselbe durch Entziehung der Berechtigung zu ihrer Bestimmung unbrauchbar, oder doch ihr Betrieb dadurch wesentlich erschwert, oder ihr Ertrag wesentlich vermindert würde.

Das bairische Gesetz sagt ganz einfach Art. III.:

Bei Gegenständen, deren Theilung nachtheilig auf die Benutzbarkeit des Gesammtgegenstandes zurückwirkt, kann nicht wider Willen des Eigenthümers auf theilweise Abtretung erkannt werden. Insbesondere darf die Theilung eines Gebäudecomplexes oder die Trennung der zu dem Umfang desselben gehörigen Gärten und Hof-

raithen oder eines Theiles derselben von dem Gesammtcomplexe nur mit Einwilligung des Eigenthümers stattfinden [11]).

Die ganze Frage über ganze oder theilweise Abtretung ist eigentlich von keiner großen Wichtigkeit, sobald nur der Grundsatz in das Expropriationsgesetz aufgenommen wird, daß dem Abtretungspflichtigen aller Schaden ersetzt werden soll, der ihm durch die Abtretung erwächst, also auch der Minderwerth, den er in seinem Rechte durch Theilung bei der Abtretung erleidet. Wird dem Exproprirten dieser Minderwerth wirklich vergütet, so hat er kein Interesse, von der Verwaltung die Uebernahme des Ganzen zu fordern; er kann aus dem Ueberreste immer noch so viel erlösen, daß dieser Erlös mit der geleisteten Entschädigung der Entschädigung für das Gesammtobject gleich kommt. Ich möchte daher nicht im Geringsten tadeln, daß mehrere Expropriationsgese e über ganze oder theilweise Abtretung keine Bestimmung enthalten.

§. 12. Wirkungen der Expropriation.

Bei den Wirkungen, welche die Expropriation in Bezug auf das Object derselben hervorbringt, sind drei Momente zu unterscheiden:

1) Die Einleitung des Abtretungsverfahrens durch Beschluß der Administrativbehörde.
2) Das gerichtliche Expropriationsurtheil (s. §. 14 und 16).
3) Die Bezahlung oder gerichtliche Deposition der Entschädigung (§. 20).

1) Bei Einleitung des Abtretungsverfahrens von Seite der Administrativbehörde werden auch schon vorläufig die Privatrechte bezeichnet, deren Abtretung die Administrativbehörde für nöthig erachtet. Die Administrativbehörde hat nun ein Recht, den Inhabern dieser Rechte alle Verfügungen zu untersagen, durch welche die Expropriation derselben entweder ganz unmöglich oder unnütz gemacht oder ungebührlich erschwert würde. Dagegen hat der Private Anspruch auf Entschädigung für allen Schaden, den er durch diese Dispositionsbeschränkung erleidet.

2) Durch das gerichtliche Expropriationsurtheil erhält die Administrativbehörde das Recht, gegen Bezahlung oder

11) Siehe auch franz. Gesetz vom 3. Mai 1841. Art. 50.

Deposition der Entschädigung von den im Urtheile bezeichneten Rechten Besitz zu nehmen. Das Eigenthum an dem fraglichen Rechte geht zwar durch das Expropriationsurtheil noch keineswegs auf die Administrativbehörde über, wohl aber das periculum rei. Der Eigenthümer der Sache kann jetzt dasselbe nicht mehr rechtsgültig veräußern, verpfänden oder sonst zum Nachtheile der Administrativbehörde darüber verfügen; sein Eigenthumsrecht äußert sich bloß darin, daß er befugt ist, dasselbe so lange zu retiniren, bis die Entschädigungssumme bezahlt oder gerichtlich deponirt ist.

3) Mit Bezahlung oder gerichtlicher Deposition der Entschädigung geht das Eigenthum an die expropriirte Sache ohne weiteres auf die Administrativbehörde über. Eine besondere Tradition oder notariatliche Fertigung ist dazu nicht nöthig. Mit diesem Uebergang erlöschen alle an der Sache haftenden Privatrechte. Das Eigenthumsrecht der Administrativbehörde ist aber kein unbeschränktes. Sie darf nicht, wie ein sonstiger Eigenthümer, über das expropriirte Recht nach Willkür verfügen; sie ist vielmehr verpflichtet, dasselbe für die Unternehmung zu verwenden, zu deren Ausführung dasselbe expropriirt wurde. Erst wenn das expropriirte Recht ohne dolus von Seite der Administrativbehörde dazu untauglich wird, kann sie dasselbe auch zu andern Zwecken verwenden. Würde aber die Administrativbehörde das Expropriationsrecht doloser Weise mißbrauchen, um in den Besitz eines Privatrechtes zu kommen, so könnte der Eigenthümer desselben das expropriirte Recht gegen Rückzahlung der Entschädigung wieder an sich bringen.

Drittes Kapitel.

Verfahren bei der Abtretung.

§. 13. Verschiedene Verfahrungsarten.

Das Verfahren über Abtretung ist in den verschiedenen Staaten sehr verschieden; namentlich herrscht in Bezug auf die Behörde, welche über die dabei zur Sprache kommenden Fragen entscheiden soll, große Verschiedenheit. Ich will einige Hauptformen hier anführen:

1) In den konstitutionellen deutschen Staaten ist in der Regel das ganze Verfahren Administrativsache. Das bairische Gesetz, welches sich auch in diesem Punkte durch Bestimmtheit und Kürze auszeichnet, stellt im Wesentlichen hierüber folgende Bestimmungen

auf. Jeder Antrag auf Zwangsabtretung ist mit sämmtlichen auf das Unternehmen bezüglichen Urkunden, Rissen und Kostenvorschlägen von den Antrag stellenden Behörden oder Privaten der betreffenden Kreisregierung vorzulegen, welche alsdann nach Einvernahme der einschlägigen Distriktspolizei-Behörde, wo solches noch erforderlich, ohne Verzug die Sache an das Staatsministerium des Innern zur wirklichen Einleitung des Zwangsentäußerungsverfahrens einsendet. Im Falle bejahender Weisung hat die einschlägige Distriktspolizeibehörde sämmtliche Betheiligte im Benehmen mit dem betreffenden Rent- und Hypothekenamte sorgfältig zu ermitteln. Sie bestimmt sofort eine Tagfahrt zur Verhandlung der Sache, erläßt die Ladung hiezu unter genauer Bezeichnung der Zeit und des Ortes der Tagfahrt und bringt dieselbe 14 Tage vor dem anberaumten Termine durch Anschlagung an dem betreffenden Gerichtssitze sämmtlichen betheiligten Gemeinden, dann durch schriftliche Mittheilung an jeden einzelnen Betheiligten und an die Antragsteller oder deren Vertreter mit dem Bemerken zur allgemeinen Kenntniß, daß die Pläne beim Amte zur Einsicht liegen. In dem Ladungsdekrete werden auch die Folgen des Ausbleibens angegeben. Der Nachweis richtig vollzogener Zustellung ist dem betreffenden Hypothekenamte ungesäumt mitzutheilen und bezüglich der in Anspruch genommenen Gegenstände die durch das Gesetz ausgesprochene Dispositionsbeschränkung im Hypothekenbuche zu veranlassen. Bei der Tagesfahrt hat die Distriktspolizeibehörde vor Allem eine gütliche Vereinigung der Betheiligten über die Abtretungsfrage und über die zu leistende Entschädigung zu versuchen und im Falle Gelingens für den alsbaldigen rechtsförmlichen Abschluß des Vergleichs zu sorgen. Kommt eine Uebereinkunft nicht zu Stande, so wird zwischen den Betheiligten unter Zulassung von Anwälten mündlich protocollarisch verhandelt und werden sodann nach allenfallsiger Einvernahme der betreffenden Gemeinde und vollzogenem Augenscheine die geschlossenen Akten mit Bericht der zuständigen Kreisregierung, Kammer des Innern vorgelegt. Die Kreisregierung, Kammer des Innern, entscheidet über die Abtretungsfrage gemäß den gesetzlichen Bestimmungen über Zwangsentäußerung in erster, und der versammelte Staatsrath in zweiter und letzter Instanz. Tit. III. Art. 13—19 [12]). In Würt-

12) Siehe auch Badisch. Ges. Tit. II. §. 4—23.

temberg findet eine zwangsweise Abtretung nach §. 30 der Verfassungsurkunde zur Ausführung öffentlicher (Staats- und Corporations-) Zwecke nur statt, wenn sie nach dem Erkenntnisse des königl. Geheimenrathes nothwendig ist. Entsteht Streit über die Summe der Entschädigung, so ist hierüber von dem ordentlichen Gerichte der gelegenen Sache zu erkennen, einstweilen aber die festgesetzte Summe ohne Verzug zu bezahlen. Bei der sog. Baulosung (siehe §. 9) ist eine Erklärung des Gemeinderathes nöthig, wodurch derselbe bezeugt, daß die von Einzelnen zur Errichtung von Gebäuden in Anspruch genommenen Plätze sich dazu vorzüglich eignen [13].

2) Im Kanton Aargau kann nach §. 18 der aargauischen Staatsverfassung der Eigenthümer nur durch ein Dekret der gesetzgebenden Behörde zur Abtretung angehalten werden.

3) Die Verfassung des Kantons Schaffhausen bestimmt §. 6: „Wenn wegen der Entschädigung kein gütliches Uebereinkommen stattfinden kann, so soll durch einen civilrichterlichen Ausspruch über die Nothwendigkeit der Abtretung des Eigenthums (und das Maß der dem Eigenthümer zu leistenden Entschädigung) entschieden werden".

4) In Preußen bleibt die Beurtheilung und Entscheidung der Frage, ob eine Zwangsabtretung im Interesse des gemeinen Wohles vorhanden sei, der Beurtheilung und Entscheidung des Staatsoberhauptes überlassen.

5) In Nordamerika entscheidet die gesetzgebende Gewalt in wichtigen und die administrative Gewalt in minder wichtigen Fällen. Mittermaier hält diesen Weg für den zweckmäßigsten.

6) Besondere Beachtung verdient das französische Verfahren nach dem Gesetze von 1841. Die Grundzüge desselben sind kurz folgende: Das Expropriationsrecht kann nur für Unternehmungen in Anspruch genommen werden, welchen dasselbe durch ein besonderes Gesetz oder durch eine königliche Ordonnanz ertheilt wurde. Für welche Unternehmungen ein Gesetz und für welche eine Ordonnanz nöthig, ist im Gesetze ausdrücklich bestimmt. Beide werden aber nur in Folge vorhergegangener administrativer Untersuchung erlassen. Hat die Administrativbehörde das Expropriationsrecht erhalten, so erläßt sie einen genauen Plan über die Unternehmungen; auch sind von ihr die zur Abtretung kommenden Rechte alle speziell zu bezeichnen. Für jede Gemeinde wird ein besonderer Plan verfaßt. Sodann wird durch

13) Siehe Reyscher: Gemeines und würtembergisches Privatrecht 2. Bd. 2. Aufl. §. 293.

Trompetenstoß, Anschlag an der Hauptthüre der Ortskirche und am Gemeindehause und Einrückung in ein öffentliches Blatt den Gemeindseinwohnern zur Kenntniß gebracht, daß der Plan auf der Mairie acht Tage lang hindurch zu Jedermanns Einsicht bereit liege. Der Maire bescheinigt diese Bekanntmachung, nimmt ferner die Erklärungen der vor ihm erschienenen Betheiligten zu Protokoll, läßt dieselben unterzeichnen und legt die schriftlich abgegebenen Erklärungen dem Protokolle bei. Nach Verfluß dieser acht Tage tritt an dem Hauptorte der Unterpräfektur eine Kommission zusammen, bestehend aus dem Unterpräfekten als Präsident, vier Mitgliedern des Conseil général des Departements oder Arrondissements, welche von dem Präfekten erwählt werden, dem Maire der Gemeinde, in welcher die Immobilien liegen und einem mit der Ausführung des Unternehmers beauftragten Ingenieure. Die Eigenthümer der zur Abtretung bestimmten Grundstücke können nicht Mitglieder der Kommission sein. Die Kommission empfängt während acht Tagen die Bemerkungen der Eigenthümer. Sie ruft dieselben, so oft sie es nothwendig findet. Sie gibt ihr Gutachten ab. Diese Operationen müssen während zehn Tagen vollendet sein, worauf der Verbalprozeß von dem Unterpräfekten sofort an den Präfekten geschickt wird. Schlägt die Kommission eine Aenderung in dem Plane der Ingenieure vor, so gibt der Unterpräfekt dem Eigenthümer der betreffenden Grundstücke Nachricht und beobachtet dabei dieselben Formalitäten, wie bei Bekanntmachung des ursprünglichen Planes. Von dem Tage der Bekanntmachungen bleiben die Akten acht Tage lang auf der Unterpräfektur liegen. Die durch die vorgeschlagene Modifikation Betheiligten können unentgeldlich Abschriften erhalten und schriftliche Bemerkungen eingeben. In den drei darauf folgenden Tagen übermacht der Unterpräfekt die Akten dem Präfekten. Nach Einsicht derselben bestimmt hierauf der Präfekt durch einen motivirten Beschluß diejenigen Immobilien, welche abgetreten werden sollen, und zugleich den Zeitpunkt, wann von denselben Besitz genommen werden soll. Sollte jedoch aus dem Gutachten der Commission hervorgehen, daß dieselbe eine Modifikation in der Ausführung der Unternehmung für wünschbar halte, so schiebt der Präfekt seinen Entscheid so lange auf, bis die obere Administrativbehörde hierüber rechtsgültig gesprochen. Ist eine gütliche Uebereinkunft mit einem oder mehreren der Betheiligten nicht zu Stande gekommen, so muß die Expropriation

durch die Gerichte ausgesprochen werden, denn schon in §. 1 des Gesetzes ist verordnet: L'expropriation pour cause d'utilité publique s'opère par autorité de justice. Und nach §. 2 können die Gerichte diese Expropriation nur dann aussprechen, wenn der öffentliche Nutzen in den durch dieses Gesetz vorgeschriebenen Formen constatirt und erklärt worden ist. Das Gericht hat also zu untersuchen: a) Liegt ein Gesetz oder in den Fällen, wo das Expropriationsgesetz sich mit einer königl. Ordonnanz begnügt, eine königl. Ordonnanz vor, welche die Administrativbehörde zur Ausführung der Unternehmung und Anwendung des Expropriationsrechtes ermächtigte? b) Hat der Präfekt die zur Abtretung kommenden Immobilien durch einen förmlichen Beschluß speciell bezeichnet? c) Sind beim Abtretungsverfahren alle gesetzlichen Formalitäten beobachtet worden, durch welche es den Betheiligten möglich wird, gegen die Abtretung Einsprache zu erheben? Erst wenn das Gericht diese drei Fragen bejahend entscheiden muß, darf es die Expropriation aussprechen. Der königl. Procurator, durch welchen der Präfekt um das Expropriationsurtheil nachsucht, hat also dem Gerichte obige drei Punkte aktenmäßig darzuthun. Ist die Expropriation ausgesprochen, so wird das Urtheil publicirt und in einem Auszug in der Gemeinde, wo die Güter liegen, auf die schon oben bezeichnete Weise bekannt gemacht und in das Hypothekenbuch des Arrondissements eingetragen. Der Urtheilsauszug enthält die Namen der Eigenthümer der exproprirten Grundstücke; die Motive und das Dispositiv werden den Interessenten schriftlich mitgetheilt. Das Urtheil kann nur durch das Rechtsmittel der Cassation angegriffen werden. Dieses findet nur bei Incompetenz, Ueberschreitung der Amtsgewalt und Formfehlern des Urtheils statt.

§. 14. Kritik dieser Verfahrungsarten.

Bei näherer Prüfung der in den verschiedenen Staaten üblichen Verfahrungsarten muß vor Allem die große Verschiedenheit der entscheidenden Behörden auffallen. Wenn dieselbe Frage in dem einen Lande von der gesetzgebenden, in einem andern von der administrativen und in einem dritten gar von der richterlichen Gewalt entschieden wird, so ist dieß ein sicherer Beweis, daß die Theorie in diesem Punkt noch sehr im Argen liegt. Bei der bisher üblichen all-

gemeinen Fassung des Expropriationsprincipes ist dieß freilich kaum anders möglich. Man hat bisher mit Ausnahme des bairischen Gesetzes ganz allgemein den öffentlichen Nutzen als Grund und Zweck der Expropriation bezeichnet. Dabei konnte man sich aber nicht verhehlen, daß dieser öffentliche Nutzen im Grunde doch ein sehr unbestimmter Begriff sei, und daß eigentlich Alles auf die besondere Auffassung und Subsumtion des einzelnen Falles ankomme und daß diese wiederum von den engern oder weitern Ansichten der subsumirenden Behörde über das Staatswohl und die Heiligkeit des Privatbesitzes abhänge. Bei der Administrativgewalt wird stets die Rücksicht auf die vermeintlichen oder wirklichen Staatsinteressen die Rücksicht auf die Privatinteressen in den Hintergrund drängen; daher hat man in mehreren angesehenen, politisch am meisten fortgeschrittenen Staaten: in England, Frankreich und Nordamerika die Bedingung aufgestellt, daß für wichtigere Unternehmungen, das Expropriationsrecht nur durch ein specielles Gesetz oder ein gesetzliches Dekret ertheilt werden könne, während dagegen die deutschen Staaten, welche von jeher gewohnt waren, in den Händen der administrativen Gewalt eine ausgedehnte Machtbefugniß zu erblicken, durchweg diese entscheiden lassen.

Ist aber das in §. 8 aufgestellte Princip über Expropriation richtig, so kann keine der bisher geschilderten Verfahrungsarten in ihrem ganzen Umfange vor der Kritik bestehen, das Abtretungsverfahren erscheint alsdann in einem ganz andern Lichte.

Nach der oben entwickelten Theorie ist der Zweck des Expropriationsgesetzes einzig und allein: der Administrativgewalt ein Mittel an die Hand zu geben, die ihr gesetzlich übertragenen Unternehmungen selbst dann auszuführen, wenn dazu die Abtretung von Privatrechten erforderlich sein sollte. Wir räumen also dem allgemeinen Nutzen erst dann ein Expropriationsrecht ein, wenn er sich in einer Unternehmung darstellt, deren Ausführung erstens durch das Gesetz direkt oder indirekt der Administrativbehörde übertragen ist, und welche sich zweitens ohne Abtretung von Privatrechten nicht ausführen läßt. Die Expropriation ist also ein bloßes Aushülfsmittel auf dem Gebiete der Administration; die Administrativbehörde ist befugt, dasselbe überall anzuwenden, wo sie bei ihren gesetzlichen Verrichtungen ohne dasselbe nicht auskommen kann. Nur ist sie bei dieser Ausübung an die gesetzlichen Schranken gebunden. So wie sie

etwas unternimmt, wozu sich die Kompetenz nicht klar nachweisen läßt, hört auch das Expropriationsrecht für sie auf.

Daß unter dieser Voraussetzung von einer speziellen Ertheilung des Expropriationsrechtes für eine bestimmte Unternehmung durch die gesetzgebende Behörde keine Rede sein kann, ist klar. Oder wozu hier noch ein gesetzliches Dekret für den speziellen Fall? Soll etwa die gesetzgebende Behörde noch besonders erklären, daß diese Unternehmung für das allgemeine Wohl nothwendig oder nützlich sei? Dieß hat sie indirekt ja schon erklärt, indem sie die Administrativbehörde zur Ausführung der Unternehmung verpflichtet. Oder soll die gesetzgebende Behörde untersuchen, ob und welche Privatrechte für Ausführung der Unternehmung nöthig seien? In diesem Falle würde sie die Ausführung der Unternehmung wenigstens bis auf einen gewissen Punkt selbst übernehmen, und sich dadurch administrative Funktionen anmaßen. Es bleibt also nichts anderes übrig, als die Administrativbehörde entscheiden zu lassen, ob und welche Privatrechte abgetreten werden sollen.

Ich habe gesagt, die Kompetenz der Administrativbehörde müsse außer Zweifel sein; auch müssen die gesetzlichen Formen bei Bestimmung der einzeln abzutretenden Privatrechte befolgt worden sein, sonst könne der Private nicht zur Abtretung gezwungen werden. Es muß also jeder wirklichen Zwangsabtretung eine genaue Untersuchung über diese beiden Punkte vorangehen, und diese Untersuchung kann nicht etwa von einer Administrativbehörde, sondern nur von den Gerichten ausgehen; den Gerichten gehört der Entscheid darüber, ob eine Gesetzesverletzung stattgefunden oder nicht. Die Untersuchung darf blos die Competenz und die Beobachtung der gesetzlichen Formen betreffen, sich aber in keinem Fall auch auf die Frage ausdehnen, ob wirklich, wie die Administrativbehörde behauptet, die Unternehmung sich ohne Abtretung von Privatrechten nicht ausführen lasse und ob gerade die von der Administrativbehörde bezeichneten Privatrechte zur Ausführung der Unternehmung nöthig sind. Eine gerichtliche Untersuchung dieser beiden Punkte würde jede Freiheit und Selbständigkeit der Administrativbehörde vernichten und den Grundsatz der Gewaltentrennung aufheben. Das Gericht kann blos verlangen, daß die Administrativbehörde über diese beiden Punkte einen förmlichen, motivirten, alle einzelnen abzutretenden Rechte speziell bezeichnenden Beschluß vorlege.

Nach dem Gesagten käme das französische Gesetz von 1841 der hier aufgestellten Theorie am nächsten. Es ist überhaupt als ein großer Vorzug der französischen Expropriationsgesetzgebung zu betrachten, daß sie schon seit 1810 die Nothwendigkeit gerichtlicher Mitwirkung bei der Expropriation gesetzlich anerkannte.

§. 15. Verfahren von Seite der Administrativbehörde.

Das Expropriationsverfahren muß von derjenigen Behörde ausgehen und geleitet werden, welche gezwungen ist, das Expropriationsrecht für eine ihr übertragene gesetzliche Unternehmung in Anspruch zu nehmen. Selbst wenn diese Administrativbehörde eine niedere sein sollte, scheint mir dennoch eine besondere Bewilligung zur Expropriation durch die oberste Administrativgewalt ebensowenig nothwendig, als ein besonderes spezielles Dekret von Seite der gesetzgebenden Behörde. Ich setze dabei freilich voraus, daß auch die untern Administrativbehörden keine bloßen Maschinen der obern seien, sondern jede Behörde einen bestimmten durch das Gesetz genau abgegrenzten Geschäftskreis habe, und sich innerhalb derselben frei und selbstständig bewegen könne, dann aber auch für die Erfüllung ihrer Pflichten in jedem Punkte selbst verantwortlich sei. Ist dieß nicht der Fall, dann kann die untere Administrativbehörde natürlich auch nicht in Bezug auf das Expropriationsrecht selbstständig sein.

Findet eine Administrativbehörde bei Ausübung ihrer gesetzlichen Verrichtungen, daß sich dieselben ohne Abtretung von Privatrechten nicht ausführen lassen, so faßt sie hierüber einen förmlichen Beschluß, worin sie erstens die Competenz zur Ausführung der Unternehmung nachweist, zweitens erklärt, daß sich diese Unternehmung ohne Abtretung von Privatrechten nicht ausführen lasse und drittens die nöthigen Einleitungen zur Bestimmung der einzelnen abzutretenden Privatrechte trifft.

Dieser Beschluß wird sodann mit den nöthigen Plänen und Aufschlüssen über die Unternehmung und die wahrscheinlich zur Abtretung kommenden Rechte an einem geeigneten Orte niedergelegt und dem betheiligten Publikum auf geeignetem Wege zur Kenntniß gebracht, daß es innerhalb einer bestimmten Zeitfrist davon Einsicht nehmen, und seine Erklärungen abgeben könne.

Nach dem Ablauf dieser Zeitfrist tritt alsdann eine Kommission

zusammen, um die Einrede und Erklärung der Betheiligten anzuhören und zu prüfen, allfällige Modifikationen in der Ausführung der Unternehmung zu berathen und gütliche Abtretungen zu erzielen. Am Schlusse der Verhandlungen stellt sie ihre bestimmten Anträge über die einzelnen abzutretenden Privatrechte an die exproprirende Administrativbehörde. Die Kommission wird gebildet aus einem oder mehreren Mitgliedern der betreffenden Administrativbehörde, einem oder mehreren Kunstverständigen, wo solches nöthig ist, und einem Mitgliede des betreffenden Ortsvorstandes.

Die Administrativbehörde entscheidet hierauf definitiv, welche einzelnen Privatrechte zur Ausführung der Unternehmung nothwendig sind.

§. 16. Verfahren bei dem Gerichte.

Haben nicht alle Betheiligten in die gütliche Abtretung ihrer Rechte gewilligt, so ist die Administrativbehörde genöthigt, gerichtliche Expropriation nachzusuchen. Dieß geschieht bei dem forum rei sitae, und zwar innerhalb einer durch das Gesetz zu bestimmenden Frist. Zu dem Ende legt sie dem Gerichte durch ihren Anwalt vor:

1) den Beschluß über die Gesetzlichkeit der Unternehmung und die Nothwendigkeit der Abtretung im Allgemeinen.
2) Den speziellen Beschluß über die einzelnen abzutretenden Privatrechte, deren Expropriation bei dem Gerichte nachgesucht wird.
3) Die Belege für die Beobachtung der gesetzlichen Formalitäten, betreffend gehörige Bekanntmachung der Pläne und Gestattung des rechtlichen Gehörs.

Das Gericht untersucht sodann, ob die betreffende Administrativbehörde zur Ausführung der fraglichen Unternehmung wirklich kompetent sei, und ob alle Belege für die Beobachtung der gesetzlichen Formen vorhanden. Muß es diese Fragen bejahend beantworten, so spricht es die Expropriation der verlangten einzelnen Privatrechte aus.

Das Urtheil muß motivirt sein, und allen Betheiligten mitgetheilt werden. Eine Vorladung der Betheiligten an die Gerichtsschranken ist nicht nöthig. Das Urtheil sollte blos durch das Rechtsmittel der Cassation angefochten werden können. Erst in Folge des gerichtlichen Urtheils erhält die Administrativbehörde das Recht, gegen wirkliche Bezahlung oder Deposition der Entschädigungssumme von dem exproprirten Rechte Besitz zu nehmen.

II. Theil.

Die Entschädigung.

Erstes Kapitel.

Rechtliche Grundsätze über Ausmittlung der Entschädigung.

§. 17. Was ist volle Entschädigung?

Der Staat darf die Privatrechte nur gegen volle Entschädigung für die Staatszwecke in Anspruch nehmen. Ohne gerechte Entschädigung wäre die Expropriation eine räuberische Gewaltthat, und der Staat würde sich dadurch mit dem Schuster Crispin, welcher Leder stahl, um den Armen Schuhe daraus zu machen, auf Eine Linie stellen.

Was versteht man unter voller Entschädigung? Nach welchen Grundsätzen ist dieselbe auszumitteln?

Hier, sagt Mittermaier, ist der schwierigste Punkt der Expropriationslehre.

Bei Bestimmung des Schadens müssen wir stets von dem Vermögen des Abtretungspflichtigen ausgehen, und hier müssen wir zwei Momente festhalten:

1) den Zustand des Vermögens vor der Abtretung
2) den Zustand desselben nach der Abtretung.

Durch die Abtretung verringert sich das Vermögen, der Besitzer desselben kann nicht mehr die gleichen Wirkungen hervorbringen, wie vor der Abtretung. Die Differenz zwischen diesen beiden Momenten gibt den Maßstab für die Größe der Entschädigung. Die Entschädigung ist voll, ganz, wenn diese Differenz ausgeglichen, also das Vermögen des Abtretungspflichtigen durch Gegenstände vermehrt ist, von denen er den gleichen Nutzen ziehen kann, wie von den abgetretenen.

Es ist klar, daß der Verkaufswerth (das verum rei pretium) als derjenige Werth, welchen das abgetretene Privatrecht für jeden Erwerber abgesehen von den besondern individuellen Verhältnissen derselben hat, keinen richtigen Maßstab für die zu leistende Entschädigung gibt. Ein Recht kann dadurch, daß es in einem bestimmten Verhältniß zu andern Vermögensrechten und zu einer bestimmten Person steht, einen Werth erhalten, der den gemeinen Werth weit über-

steigt. Diese besondern individuellen Verhältnisse und Beziehungen eines Vermögensrechtes müssen also nothwendig bei der Bestimmung des Schadens berücksichtigt werden. Es ist also nicht nur der direkte, sondern auch der indirekte Schaden, nicht nur der gemeine, sondern auch der besondere Werth des abgetretenen Privatrechtes zu vergüten (aestimatio ejus, quod interest). Damit ist aber keineswegs gesagt, daß auch das Affektionsinteresse (pretium affectionis) zu vergüten sei. Der Beschädigte kann sich über den Werth eines von ihm besessenen Rechts täuschen, kann ihm Vortheile zuschreiben, die nur in seiner Phantasie bestehen. Setzen wir den Fall: A kauft ein Grundstück für 1500 fl. hat aber die Ertragsfähigkeit des Grundstücks weit überschätzt. Dasselbe wirft bei der zweckmäßigsten Bewirthschaftung blos 1100 fl. ab. Hier ist der Staat auch nicht zum Ersatz von 1500 fl., sondern blos von 1100 fl. verpflichtet. Die Differenz zwischen dem Vermögen vor und dem Vermögen nach der Abtretung beträgt blos 1100 fl. Die 400 fl. waren schon vor der Abtretung verloren und der Expropriirte kann daher diesen Schaden auch nicht dem Staate, sondern blos sich selbst aufbürden.

Als eingebildete Nutzungen sind auch diejenigen zu betrachten, welche das abzutretende Recht erst noch in Folge eines unsichern Ereignisses abwerfen soll. Diese kommen daher bei der Ausmittlung des Schadens nicht in Betracht. Für die Aestimation derselben würde es zudem an jedem sichern Maßstabe fehlen. Daß ferner nur diejenigen Nachtheile, welche ein Vermögensinteresse haben, in Anschlag kommen, versteht sich von selbst.

Die hier aufgestellten Grundsätze sind in den meisten Expropriationsgesetzen anerkannt. So sagt das baierische Gesetz vom 17. Novbr. 1837 Tit. II. Art. 5:

Die Entschädigung für jede zwangsweise Abtretung von Grundeigenthum muß enthalten:

1) den gemeinen Werth des abzutretenden Gegenstandes.
2) Vergütung für die dem Eigenthümer durch die Abtretung zugehenden sonstigen Nachtheile, namentlich:
   a) Ersatz des Mehrwerthes, den der abzutretende Gegenstand durch seinen Zusammenhang mit andern Eigenthumstheilen oder durch seine bisherige Benutzungsweise für den Eigenthümer behauptet;
   b) Ersatz der Werthsminderung, welcher durch die Abtretung dem übrigen Grundbesitze desselben Eigenthümers zugeht;

c) Ersatz des unvermeidlichen Verlustes, welcher dem Eigenthümer durch die Abtretung vorübergehend oder bleibend in seinem Erwerbe erwächst; jedoch darf die hiedurch sich ergebende Mehrung der Entschädigung 30 Prozent des Schätzungswerthes nicht übersteigen;

d) Ersatz für die Früchte, deren Erndte durch die Zwangsabtretung gehindert wird.

3) Den Betrag derjenigen Entschädigung, welche dem Pächter oder sonstigen Nutzungsberechtigten nach Gesetz oder Vertrag zu leisten ist.

Das großherzoglich hessische Gesetz vom Mai 1821 bestimmt in §. 11:

Das Gericht soll unter anderm auf die neuesten Verkäufe und Verpachtungen des Grundstückes selbst oder benachbarter Grundstücke gleicher Beschaffenheit, ferner auf Besteurung desselben, sowie den höhern Werth Rücksicht nehmen, den das Grundstück gerade für den bisherigen Besitzer nach den bei ihm eintretenden Eigenthümlichkeiten, z. B. weil er es für eine Fabrik braucht, oder wegen der Verbindung des Grundstückes mit andern Grundstücken hatte. Immer kann aber nur auf den reellen, niemals auf den bloßen Affektionswerth Rücksicht genommen werden.

Aehnlich drückt sich das badische Gesetz vom 28. Aug. 1835 aus. Dasselbe sagt §§. 24—26: Bei Bestimmung der Entschädigungssumme wird der Werth zur Grundlage genommen, den die Liegenschaft im Falle einer Veräußerung nach Maßgabe ihrer Größe, Beschaffenheit und Lage und nach den Durchschnittspreisen der sechs letzten Jahre oder, sofern solche in Folge eingetretener besonderer Umstände im letzten Jahre gestiegen sind, nach den neuesten Preisen haben würde. — Nebst dem allgemeinen Werthe werden auch die besondern Vortheile in Anschlag gebracht, welche die Sache dem Inhaber nach seinen Gewerbs- und andern Verhältnissen ausserdem gewährt.

Die Instruktion des sächsischen Ministeriums zu dem am 3. Juli 1835 erlassenen Eisenbahngesetze bestimmt in §. 7:

Da nach §. 1. des Gesetzes vom 3. Juli 1835 den Grundeigenthümern von den Unternehmern vollständige Entschädigung geleistet werden soll, so haben die Taxatoren im Allgemeinen auf einer Seite die Beschaffenheit des abzutretenden Grundstückantheils für

sich, sowie dessen Beziehung zu dem übrigen, dem Eigenthümer verbleibenden Besitzthum, wodurch der erstere Werth zugleich mit bestimmt wird, nicht minder alle übrigen Verhältnisse in Betracht zu ziehen, weßhalb dem Eigenthümer durch die Abtretung der Parzelle mit Rücksicht auf dermalige Benutzung des betreffenden Grundstückes ein unvermeidlicher Schaden erwächst, und unter Berücksichtigung alles dessen die Entschädigung so auszumitteln, daß dem Eigenthümer unter gewöhnlichen und mit dem Besitze erbenden Verhältnissen nach Empfang der ihm zu gewährenden Vergütung ein **wirklicher** Schaden nicht weiter übrig bleibe, auf der andern Seite aber auch ebenso von allen blos eingebildeten oder von solchen behaupteten Nutzungen und Vortheilen und entgegengesetzten Entbehrungen als Gegenstand der auszumittelnden Entschädigung abzusehen, welche von erst künftig beabsichtigten Vorkehrungen, Veränderungen, Unternehmungen oder Erwerbungen des Eigenthümers abhängig sind, deren dereinstiger Eintritt folglich zur Zeit der Abschätzung noch ungewiß ist.

Das französische Gesetz sagt Art. 48:

Le jury est juge de la sincerité des titres et de l'effet des actes, qui seraient de nature à modifier l'evaluation de l'indemnité.

Der Art. 52 bestimmt: Les constructions, plantations et ameliorations ne donneront lieu à aucune indemnité, lorsque, à raison de l'époque où elles auront été faites ou de toutes autres circonstances, dont l'appréciation lui est abandonnée, le jury acquiert la conviction qu'elles ont été faites dans la vue d'obtenir une indemnité plus élevée.

Diese Bestimmung ist durchaus gerecht, und sie muß auch da gelten, wo sie nicht ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen ist. Sie fließt schon aus dem allgemein anerkannten Grundsatze, daß die Handlung des Fordernden, wenn sie wirklich zu einer Forderung berechtigen soll, eine erlaubte sein müsse [14].

§. 18. Compensation der Vortheile.

Sehr oft gehen einem Abtretungspflichtigen Vortheile aus der Expropriationsunternehmung zu. Dürfen nun diese Vortheile bei Berechnung der Entschädigung kompensirt werden?

---

14) Siehe über die ganze Materie **Debray** a. a. O. 12. Kap. S. 174.

Das zürcherische Gesetz bejaht diese Frage. Es sagt in §. 7. lit. c.

Bei Berechnung des mittelbaren Schadens für das übrige Vermögen des Betheiligten ist indessen der allfällige Vortheil, welcher demselben aus der Unternehmung erwächst, in billige Berücksichtigung zu ziehen.

Und das französische Gesetz von 1841 verordnet Art. 51:

Si l'exécution des travaux doit procurer une augmentation de valeur immediate et spéciale au restant de la propriété, cette augmentation sera (Ges. von 1833 pourra être) prise en considération dans l'évaluation du montant de l'indemnité.

Dagegen setzt das baierische Gesetz von 1837 fest Art. 6:

Werthserhöhungen, welche dem ganz oder theilweise abzutretenden Gegenstande erst in Folge des die Abtretung veranlassenden Unternehmens zuwachsen oder zuwachsen konnten, kommen bei der Entschädigungsermittlung nicht in Anschlag.

Das baierische Gesetz hat hier offenbar das Rechte getroffen. Eine Compensation der Vortheile, welche dem Abtretungspflichtigen aus der Unternehmung zugehen, ließe sich blos dann rechtfertigen, wenn Jeder, der einen Vortheil aus dieser Unternehmung erhält, diesen Vortheil bezahlen müßte.

Man ist aber darin einig, daß diejenigen, welche keine Rechte für die Unternehmung abtreten müssen, auch nicht zur Bezahlung der Vortheile, welche ihnen aus der Unternehmung erwachsen, angehalten werden dürfen. Wenn aber derjenige, welcher durch die Ausführung der Unternehmung in seinem Besitzthum nicht im Geringsten belästigt wird, die Vortheile der Unternehmung nicht bezahlen muß, mit welchem Rechte will man sich diese Vortheile von dem zahlen lassen, der ohnehin für die Unternehmung das Opfer einer unfreiwilligen Abtretung seiner Privatrechte zu bringen hat. Auf diesem Wege kommen wir dahin zu sagen: Aus der Nothwendigkeit, Jemandem im Interesse des allgemeinen Wohles ein unumgängliches Opfer aufzuerlegen, folgt das Recht, den Opferpflichtigen auch ohne Noth in seinem Besitzthum zu beeinträchtigen. Eine sonderbare Logik, eine sonderbare Rechtsweisheit! Aber auch unter den Expropriirten selbst könnte ein solcher Grundsatz eine schreiende Rechtsungleichheit zur Folge haben. Dr. Duttlinger hat hiefür in der badischen Ständekammer ein schlagendes Beispiel angeführt.

„Zwei Nachbarn sagt er, besitzen nebeneinander Ländereien, A zwei, B einen Morgen. Der Werth des Morgens beträgt 500 fl. Durch die neue Anlage verdoppelt sich der Werth. Es mußte A von seiner Länderei die Hälfte abtreten, B aber seinen ganzen Morgen. Nach jener gesetzlichen Verfügung, wonach dem Eigenthümer bei der Abtretung eines Theils der Mehrwerth, den der Ueberrest erlangt, in Compensation gebracht werden soll, würde hier der Eigenthümer A für den Morgen Landes, den man ihm nimmt, gar Nichts, sein Nachbar B dagegen für seinen Morgen den ganzen Betrag des Vollwerthes von 500 fl. erhalten. Wer wird in solchem Fall vermögen, dem Eigenthümer A klar zu machen, daß das Eigenthum unter den besondern Schutz der Verfassung gestellt, daß es ein heiliges und unverletzliches Verfassungsrecht sei!" —

§. 19. Verstärkte Entschädigungspflicht der Privaten.

Was ich bisher über Abtretung und Entschädigung gesagt, gilt auch dann, wenn die Administrativgewalt die Ausführung einer gesetzlichen Unternehmung Privaten überläßt. Das Luzerner Gesetz von 1830 stellt aber über die Entschädigungspflicht der Privaten eine besondere Bestimmung auf. In §. 11. wird festgesetzt, daß Partikulare immer das Zwei- bis Vierfache des ausgemittelten Werthes der Entschädigung zu zahlen haben. Eine solche erhöhte Entschädigungspflicht, wie sie auch von anderer Seite verlangt wurde, rechtfertigt sich aber durch Nichts. Privaten können das Expropriationsrecht nur unter denselben Bedingungen erhalten und ausüben, unter welchen es auch Staats- und Gemeindebehörden erhalten und ausüben, Billigkeit und Konsequenz verlangen daher auch, daß sie keine höhere Entschädigung zahlen müssen, als der Staat. Eine höhere Entschädigung könnte dem Privaten nur dann auferlegt werden, wenn das Abtretungsrecht für bloße Privatzwecke gegeben wurde. Dieß ist aber unter keinen Umständen der Fall.

§. 20. Leistung der Entschädigung.

Fast alle Expropriationsgesetze bestimmen, daß das Abtretungsrecht nur gegen vorgängige Entschädigung in Anspruch genommen werden kann. Die Höhe der Entschädigung bestimmt das Gericht; so nach dem

Baierischen Gesetz Art. 1.

Badischen Ges. §. 1.
Zürchischen Ges. §. 1.

Das expropriirte Recht geht daher, wie bereits angeführt worden (§. 12), erst dann auf den Expropriirenden über, wenn er dem Abtretungspflichtigen die Entschädigung wirklich bezahlt hat. Die Lage des Expropriirten soll eben durch die Abtretungspflicht so wenig als möglich verschlechtert werden. Dieß wäre aber offenbar der Fall, wenn er gezwungen werden könnte, ein dingliches Recht für ein persönliches hinzugeben.

Die hier aufgestellte Regel, daß dem Abtretungspflichtigen zuerst die Entschädigung bezahlt werden müsse, ehe er gezwungen werden kann, sein Recht abzutreten, leidet aber eine Ausnahme, welche durch den Zweck der Expropriation selbst geboten wird. Die Ausführung der Unternehmung kann so dringend sein, daß sie ohne Nachtheil für das allgemeine Wohl nicht so lange verschoben werden darf, bis die Entschädigung für das abzutretende Privatrecht rechtskräftig ausgemittelt ist. In diesem Fall genügt es schon zum Eigenthumsübergang, daß der muthmaßliche Betrag der Entschädigung gerichtlich deponirt, und dadurch vom Gericht eine Befugniß zur Besitznahme ausgewirkt werde. Die Höhe der zu deponirenden Entschädigung bestimmt das Gericht [15]).

Zweites Kapitel.

Ausmittlung der Entschädigung auf gütlichem Wege.

§. 21. Eintheilung und Natur des Entschädigungsverfahrens.

Die Ausmittlung der Entschädigung ist, nachdem einmal definitiv über die Abtretung entschieden ist, zuerst auf gütlichem Wege zu versuchen, und führt dieser nicht zum Ziele, wird der Betrag der Entschädigung streitig, so muß der Streit durch Urtheil entschieden werden. Das Entschädigungsverfahren läßt sich also in zwei Theile theilen: in das gütliche Verfahren und in das streitige Verfahren. Vorerst einige Bemerkungen über das Entschädigungsverfahren im Allgemeinen.

Beim Abtretungsprozesse handelt es sich immer um die Noth-

---

15) Badisches Ges. §. 69. Siehe auch Franz. Ges. Tit. VII.

wendigkeit eines bestimmten Mittels zu einem bestimmten gesetzlich anerkannten Zwecke; die Frage über Abtretung fällt also mit der Frage über Ausführung eines bestimmten Gesetzes zusammen. Das Abtretungsverfahren muß daher von der Administrativbehörde geleitet und die Frage über ihre Kompetenz und über Beobachtung der gesetzlichen Formen von den Gerichten entschieden werden.

Der Entschädigungsproceß dagegen bewegt sich auf einem andern Gebiete. Hier handelt es sich nicht um eine Frage der Zweckmäßigkeit, sondern um eine Frage der Rechtmäßigkeit. Die wohlerworbenen Rechte des Einzelnen und des Staates kommen hier ausschließlich zur Sprache. Die Verwaltungsbehörde erscheint hier als streitende Partei, welche in Bezug auf Entschädigung kein stärkeres Recht hat als der Private, also dem Privaten hier koordinirt ist. Daraus folgt: die Verwaltungsbehörde kann den Entschädigungsprozeß weder leiten noch weniger über die Entschädigung selbst erkennen. Die Ausmittlung der Entschädigung ist vielmehr, wenn sie streitig wird, Justizsache. Ueber diesen letzten Punkt sind denn in der That auch alle Expropriationsgesetze einig. Siehe auch die in §. 20 angeführten Gesetze.

§. 22. Das Institut der Schätzer.

Prozesse sind immer eine mißliche Sache, eine gute Gesetzgebung wird denselben immer so viel als möglich vorbeugen und namentlich zu verhindern suchen, daß nicht Behörden mit Privaten in Prozesse verwickelt werden. Jedes Expropriationsgesetz sollte daher Vorsorge treffen, daß sich die Parteien wo möglich auf gütlichem Wege über die Entschädigungssumme einigen. Hiezu scheint mir das Institut der Schätzer besonders geeignet zu sein.

Der Exproprirte sucht eine möglichst hohe Entschädigung zu erhalten. Oft täuscht er sich selbst über den Werth des abzutretenden Rechtes, oft ist es aber auch bloße Habsucht, was ihn zu unbilligen und unverschämten Forderungen treibt.

Der Exproprirende dagegen hat ein Interesse, möglichst wenig zu bezahlen. Er geht in der Regel in der Taxation der Entschädigung eben so einseitig zu Werke, wie der Exproprirte. Die beiden streitenden Theile werden also, wenn sie sich ganz selbst überlassen bleiben, oft sehr schwer einig werden.

Kommen nun aber dritte, durchaus unbetheiligte sachkundige

und noch überdieß beeidigte Personen und geben nach gründlicher Untersuchung und Prüfung aller Verhältnisse ihr Gutachten, wie hoch die Entschädigung zu taxiren sei, so werden sich die Parteien über die Schätzungssumme meist verständigen. Der Abtretungspflichtige weiß nun, wie viel er wahrscheinlich bei einem Prozeß erhalten kann und der Expropirende, zu welcher Summe er wahrscheinlich condemnirt wird.

Die Schätzer müssen unbetheiligte, sachkundige und überdieß beeidigte Personen sein. Am zweckmäßigsten ist es wohl, sie von den Gerichten wählen zu lassen. In Zürich wählt sie das Obergericht.

Die Schätzer müssen für längere Zeit gewählt werden. Für jede Expropriationsunternehmung neue Schätzer zu wählen, ist schon des Zeitverlusts wegen, mit dem solche Wahlen verbunden sind, nicht räthlich. Zudem kann ein Schätzer, der blos einmal funktionirt, sich nicht die nöthigen Kenntnisse und Fertigkeiten erwerben, welche zur sichern Feststellung der Entschädigung unumgänglich nöthig sind.

§ 23. Verfahren der Schätzer.

Soll das technische Gutachten der Schätzer über die Höhe der Entschädigung ein gründliches sein, so müssen dabei gewissenhaft alle Thatsachen und rechtlichen Grundsätze berücksichtigt werden, welche auf die Höhe der Entschädigung auf irgend eine Weise influiren. Die amtlichen Schätzer müssen daher die Befugniß haben, Alles vorzunehmen, was zu diesem Behufe nöthig ist.

Die Schätzer werden sich daher vor Allem ein genaues Verzeichniß aller zu schätzenden Privatrechte und ihrer Eigenthümer verschaffen.

Dann werden sie die abtretungspflichtigen Eigenthümer, sowie die Expropirenden auf einen bestimmten Tag und an einen bestimmten Ort zur Schätzung vorladen lassen und zwar jeden persönlich.

Am festgesetzten Tage erscheinen die Schätzer und die betheiligten Parteien am bestimmten Orte. Die Schätzer lassen nun die Parteien vortragen, was diese für Bestimmung der Entschädigung für erheblich halten, stellen Fragen über Punkte, die ihnen nicht gehörig aufgeklärt scheinen. Sie hören nöthigenfalls auch Zeugen ab, lassen sich, wo es nöthig ist, die Grundprotokolle öffnen, kurz

sie thun Alles, was nöthig ist, um relevante, unaufgeklärte Punkte aufzuhellen.

Haben die Schätzer sich genau über alle Thatsachen informirt, die zur richtigen Feststellung der Entschädigung nöthig sind, so schreiten sie zur Schätzung selbst.

Das Resultat der Schätzung legen sie in einem besondern Gutachten nieder. Dasselbe muß nicht blos die Summe der Entschädigung für jedes abzutretende Privatrecht, sondern auch die genaue Angabe aller Thatsachen und Gründe enthalten, welche auf die Schätzung influirten.

Dieß ist aus zwei Gründen nöthig. Das Gutachten der Schätzer soll erstens die Parteien bestimmen, sich über die Schätzung auf gütlichem Wege zu vereinigen. Diesen Erfolg kann nur ein motivirtes Gutachten haben.

Das Gutachten der Schätzer soll aber auch, wenn die Entschädigungssumme streitig wird, bei der gerichtlichen Beurtheilung als Expertengutachten dienen. Dieß kann es werden nur wenn es motivirt ist.

Das Schätzungsgutachten kann für keinen der streitenden Theile verbindliche Kraft haben. Dem Expropirirenden wie dem Expropirirten muß es freistehen, die Richtigkeit der festgesetzten Entschädigung zu bestreiten.

Kommen die Parteien in einer gesetzlich anzusetzenden Frist überein, so ist das ganze Verfahren zu Ende und das expropirirte Recht geht mit Bezahlung der Entschädigungssumme auf den Expropirirenden über. Kommt inner der bestimmten Frist keine Uebereinkunft zu Stande, so beginnt das streitige Verfahren.

Das Institut der Schätzer ist fast ganz in der so eben beschriebenen Weise in Zürich eingeführt und hat sich im Ganzen genommen zweckmäßig bewährt.

Im Großherzogthum Baden, im Kurfürstenthum Hessen und im Großherzogthum Hessen, sowie in einigen andern Staaten versucht die Kommission, welche die Nothwendigkeit der Abtretung untersucht und diese beantragt, auch eine gütliche Uebereinkunft in Bezug auf Entschädigung mit den Betheiligten.

Das französische Gesetz überläßt es der expropirirenden Administrativbehörde, die Grundstücke auf geeignete Weise schätzen zu lassen und mit den Eigenthümern eine gütliche Uebereinkunft zu ver-

suchen. Der Gesetzesentwurf von 1833 beauftragt einen vom Gerichte erwählten Experten mit der vorläufigen Schätzung der Grundstücke. Diese Expertise sollte unter Aufsicht eines Richters vorgenommen und das Resultat den Interessenten mitgetheilt werden. Aber die Gesetzgeber von 1833 und 1841 haben gefühlt, wie gefährlich es wäre, aus der fraglichen Schätzung ein reguläres Geschäft zu machen, und sie wurde verworfen, weil die Geschwornen diese Schätzung oft willig adoptiren würden, um der moralischen Verantwortlichkeit in Bezug auf ihre Entscheidungen zu entgehen [14]).

Bei Geschworengerichten mag allerdings der Werth solcher Schätzungsexperten zweifelhaft sein.

Drittes Kapitel.

Gerichtliche Ausmittlung der Entschädigung.

§. 24. Ordentliche Gerichte oder Jury?

Alle Expropriationsgesetze bezeichnen die Ausmittlung der streitigen Entschädigung übereinstimmend als Justizsache. Nur darüber streitet man sich, ob es zweckmäßiger sei, die ordentlichen Gerichte entscheiden zu lassen, oder wie England, Frankreich und Nordamerika die Jury. Mittermaier spricht sich für die Jury aus und bemerkt: Nur die Rücksicht, daß sonst in andern gerichtlichen Fällen keine Geschworengerichte in Deutschland vorkommen, hielt davon ab, eine Jury in diesen Fällen einzuführen.

Die Gründe für die Jury sind allerdings überwiegend. Geschworne gewähren dem Abtretungspflichtigen weit mehr Garantie für gerechte unpartheiische Ausmittlung der Entschädigung als ständige Richter. Beim Entschädigungsprozesse ist wie beim Kriminalprozesse der Staat unmittelbar betheiligt. Nun sind aber die Richter Beamte des Staates und beziehen als solche vom Staate eine Besoldung. Als besoldete Staatsbeamte sind sie auch unwillkührlich geneigt, in Streitigkeiten zwischen Staat und Privaten das Recht auf Seite des Staates zu sehen. Der Richter soll zwar sein Urtheil sprechen ohne Ansehen der Person und die richterliche Gewalt soll sich von der administrativen Gewalt total unabhängig erhalten, allein man weiß ja, daß die Wirklichkeit nicht immer mit der

14) Debray a. a. O. S. 45.

Idee des Rechts übereinstimmt. Wenn übrigens der Richter die Entschädigung auch durchaus unbefangen und gerecht festsetzt, so wird der Private, der sein Recht manchmal zu hoch anschlägt, den ihm ungünstigen Richterspruch manchmal unreinen Einflüssen zuschreiben. Unter gewissen Volksklassen ist die Ansicht noch allgemein verbreitet, daß der Private der Regierung gegenüber nur sehr schwer Recht erhalten könne. Der Staat hat aber ein großes sittliches Interesse, daß nicht nur nach Recht und Gesetz geurtheilt werde, sondern daß das Volk auch wirklich glaube, es sei so geurtheilt worden. Geschworne, welche vom Volke und aus dem Volke gewählt werden, welche durch keine dauernde, besoldete Stellung an den Staat gebunden sind, müssen aber nothwendig das Zutrauen der Abtretungspflichtigen in weit höherem Maaße besitzen als gelehrte, ständige Richter. Geschworne haben kein Motiv, die Staatsverwaltung mehr zu begünstigen, als die Privaten, ihre Stellung trübt ihnen den richtigen Blick in die Streitverhältnisse nicht.

§. 25. Verfahren bei den Gerichten.

Wo die ordentlichen Gerichte entscheiden, wie in Deutschland, da wird bei Ausmittlung der Entschädigung nach den Grundsätzen des summarischen Prozesses verfahren. Die Schätzung selbst geschieht durch Sachverständige, welche entweder von den Parteien selbst oder, was das Gewöhnlichere ist, von den Gerichten gewählt werden. Wo wie in Zürich schon beim gütlichen Verfahren vom Gerichte gewählte, beeidigte Sachverständige die Schätzung vornehmen, ist eine besondere Schätzung beim streitigen Verfahren nicht mehr nöthig. In einigen Ländern sind die Gerichte an das Gutachten der Schätzer gebunden und dürfen nur aus erheblichen Gründen ein zweites Gutachten einholen, in andern Ländern hat das Gutachten der Schätzer für die Richter keine verbindende Kraft. Wo das erste der Fall ist, da beschränkt sich die ganze Thätigkeit des Richters außer der Erwählung der Schätzer und der Leitung des Verfahrens darauf, daß er das Schätzungsgutachten in Urtheilsform bringt und publizirt. Im Grunde urtheilen dann nicht die Richter, sondern die Schätzer.

§. 26. Verfahren bei der Jury.

In Frankreich, wo schon seit 1810 die Jury eingeführt ist, gelten nach dem Gesetze vom 3. Mai 1841 (tit. IV. cap. 2.) folgende Bestimmungen:

Zur Ernennung der Jury bezeichnet das Generalconseil des Departements in seiner Jahressitzung für jedes Unterpräfekt-Arrondissement sowohl auf der Liste der Wähler der Jury als auch auf der zweiten Abtheilung der Liste wenigstens sechsunddreißig, höchstens zweiundsiebenzig Individuen, welche in dem Arrondissement wohnen, woraus bis zur folgenden gewöhnlichen Sitzung des Generalconseils die Mitglieder der Specialjury ernannt werden, welche die Entschädigungsansprüche in Folge einer Expropriationsunternehmung zu reguliren haben. Sobald eine Specialjury nothwendig wird, wählt der königliche Gerichtshof in den Departements, die der Sitz eines solchen sind, — in den andern das Obergericht — aus der erwähnten Liste sechzehn Individuen und vier Ersatzmänner. Nicht wählbar sind: 1) die Grundbesitzer, Pächter, Miether der erst zu erwerbenden Grundstücke und Gebäude, 2) die darauf eingetragenen Gläubiger, 3) alle andern Betheiligten. Wer das siebenzigste Lebensjahr erreicht hat, wird auf Verlangen dispensirt. Die Liste der Gewählten wird vom Präfekten dem Unterpräfekten übergeben, welcher nach Rücksprache mit dem Dirigenten der Geschwornen, der von dem Gerichte und aus dem Gerichte gewählt wird, das die Expropriation ausspricht, die Geschwornen und die Parteien wenigstens binnen acht Tagen zusammenruft und dabei den Parteien zugleich die Namen der Geschwornen bekannt macht. Der ohne Grund ausbleibende Geschworene zahlt 100—300 Frc. Strafe, nach dem Ausspruch des Dirigenten, dem auch die Entscheidung über dagegen gemachte Einwendungen zusteht. Dem Dirigenten der Spezialjury steht der Gerichtschreiber zur Seite, welcher die zu entscheidenden Fälle verliest und das Protokoll über die Verhandlungen führt. Nach der Einberufung kann die Verwaltung zwei Geschworne recusiren, ebensoviele die Gegenpartei. Mehrere Betheiligte müssen sich über die Ausübung des Recusationsrechts vereinigen oder das Loos entscheiden lassen. Wird das Recusationsrecht gar nicht oder doch nur theilweise ausgeübt, so reduzirt der Dirigent die Zahl der Geschwornen auf zwölf, indem er die hintersten Namen ausstreicht. Die Spezialjury ist erst durch die Gegenwart der zwölf Geschwornen konstituirt. Zur gültigen Berathung gehören wenigstens neun. Jeder Geschworne schwört, seine Funktionen mit Unparteilichkeit zu verrichten. Der Dirigent legt der Jury vor:

a) Die Tabelle der Gebote und Forderungen.

b) Die Parzellenpläne, Rechtstitel und andere Dokumente, welche von der Partei zur Unterstützung ihrer Gebote und Forderungen vorgebracht werden.

Die Jury kann alle Individuen vernehmen, von welchen sie Aufklärung erwartet, kann sich an Ort und Stelle begeben, oder einen oder mehrere aus ihr dahin senden. Die Verhandlung ist öffentlich und kann in einer weitern Sitzung fortgesetzt werden. Der Schluß der Instruktion wird von dem Dirigenten ausgesprochen. Die Geschwornen ziehen sich dann unmittelbar in ihr Versammlungszimmer (Kammer) zurück, berathen dort, ohne sich zu entfernen, und einer, den sie sogleich dazu bestimmen, führt bei der Berathung das Wort. Ihre Entscheidung setzt den Betrag der Vergütung nach Stimmenmehrheit fest. Sind die Stimmen gleich getheilt, so entscheidet die Stimme des Präsidenten.

IV.

Die Entwürfe einer deutschen Verfassung

und die

Beschlüsse der vorbereitenden Versammlung zu Frankfurt a/M.

vom 31. Merz — 3. April 1848.

Von

Reyscher.

Es ist wichtig zu wissen und in Erinnerung zu bringen, daß die heutige Bewegung in Deutschland zwar ohne den Anstoß von Frankreich nicht so rasch und heftig eingetreten wäre, daß sie aber dennoch unausbleiblich und nur um so sicherer und heilbringender hätte eintreten müssen. Die Bewegung ist begründet durch ein unabweisbares Bedürfniß der Völker, den Staat naturgemäß in einem nationalen Gemeinwesen darzustellen. Sie war vorbereitet durch den volksthümlichen Aufschwung, welcher in Deutschland wie in Italien hauptsächlich auf wissenschaftlichem Wege — durch Schriften und Gelehrten-Vereine, weil einer anderen Aeußerung die Censur und das polizeiliche Verbot der Association entgegen stand — genährt und gefördert wurde. Die Versammlung der Germanisten in den Jahren 1846 und 1847 war nur ein Ring in jener Kette von Begebenheiten, welche auf die Einigung der Geister hinwirkten, freilich in unmittelbarerer und mächtigerer Weise als andere Gelehrten-Versammlungen, weil sie eine deutsche in vorzüglichem Sinne des Wortes war, und weil sie staatlich wichtige Gegenstände, wie die Schleswig-Holstein'sche Sache, Einheit der deutschen Gesetzgebung, Theilnahme des Volks an der Rechtspflege in Schwurgerichten und Schiedsgerichten mit besonderer Vorliebe behandelte. Wie sehr durch die gemeinsame Besprechung die gemeinsame Ueberzeugung gefördert wurde, sieht man bei Vergleichung der Ergebnisse zu Frankfurt und Lübeck. Dort wäre der Vorschlag von Schwurgerichten noch unfehlbar durchgefallen, während er hier die meisten Stimmen, auch

solche, welche ein Jahr zuvor noch dagegen waren, für sich hatte. Wie zaghaft war die Frankfurter Versammlung von 1846, in der Schleswig-Holstein'schen Sache ein Votum abzugeben, während in der so eben gehaltenen Versammlung von Notabeln zu Frankfurt auch nicht Eine Stimme gegen die Beschlußnahme sich erhob.

Als am Schlusse jener ersten Germanisten-Versammlung, deren Berufung nach Frankfurt von ganz besonderem Werthe schien (s. Bd. X. S. 181—184. 494 f.) mich einige Mitglieder zur Rede stellten: „Aber was wollen Sie mit dieser Versammlung, das sieht ja ganz gefährlich aus?" wußte ich in der Eile des Abschieds nichts Weiteres entgegenzusetzen, als: „Warten Sie noch einige Jahre und Sie werden die Antwort haben!" Ich hatte dabei keinerlei räthselhafte Hintergedanken, denn jedem war wohl klar, daß nicht blos gelehrte Reden in jener „deutschen Versammlung" gehalten werden sollten, welche man füglicher hätte können drucken lassen, sondern daß durch das persönliche Zusammenseyn und die gemeinsame Beschäftigung mit deutschem Recht, deutscher Geschichte und Sprache zugleich das deutsche Bewußtseyn gehoben und eine Verständigung über wichtige Fragen der Gegenwart angebahnt werden sollte.

Die ausgesetzte „Antwort" ist früher erfolgt, als sich berechnen ließ; aber sie kam nicht unerwartet, und die neue Umkehr in Frankreich hat ebendarum eine ganz andere Wirkung auf Deutschland hervorgebracht, als jene des Jahrs 1830, weil die Gemüther schon zuvor in der deutschen Richtung einig und daher rascher zur That gestimmt waren. Wie unsre Zeitschrift (seit 1839) so ist auch die deutsche Zeitung von Gervinus (seit Juli 1847) aus dieser Richtung hervorgegangen und sie hat mit Würde und Entschiedenheit ihre Bahnen vorgezeichnet. Der Antrag Bassermann's in der badischen Volkskammer auf Berufung eines deutschen Parlaments war ein glücklicher Griff in die Vorrathskammer älterer, zu ihrer Zeit für unpraktisch gehaltener Wünsche. Auch dieser Antrag ward gestellt vor der neuen französischen Staatsumwälzung und darauf einer Versammlung deutscher Ständemitglieder in Heidelberg vorgelegt, welche die Einberufung eines Vorparlaments nach Frankfurt beschloß und eine Commission von sieben Mitgliedern zur Abfassung eines Bundesprojekts zurückließ.

Dieser muthige Beschluß verdient unsere volle Hochachtung, und es geschieht nicht in der Absicht daran zu mäkeln, wenn wir einige

Ansichten und Wünsche mittheilen, sondern um auch von unserem Standpunkte aus ferner das Ziel deutscher Einigkeit und Größe mitzuerstreben. Die Einladung nach Frankfurt war zwar nur an die Abgeordneten deutscher Ständeversammlungen gerichtet und bei den besonderen Einladungen, welche nebenbei an einzelne sog. Volksmänner ergingen, scheint mehr nur der Zufall als ernste Wahl auf einige Rechtsgelehrte geführt zu haben *), während Literaten in Menge dadurch Eingang erhielten. Indessen wollen wir daraus auf keine Mißachtung unserer Wissenschaft schließen, welche bei dem Werke der Wiedergeburt Deutschlands sich bis daher eifrig betheiligt hat. In der That wäre es ebenso ungerecht als unpolitisch, wenn die Männer des Fachs bei den Berathungen über die künftige Verfassung Deutschlands für entbehrlich gehalten werden wollten. Würde die wissenschaftliche Kritik erst hintennach zum Worte kommen, nachdem die Beschlüsse bereits gefaßt sind, wie dieß bei der rheinischen und deutschen Bundesakte geschehen, so käme sie für das gemeine Beste zu spät!

Auch die beiden Bundesentwürfe, welche für die vorberathende Versammlung zu Frankfurt ausgearbeitet worden, lassen deutlich erkennen, daß sie in der Eile entstanden sind. Der erste Entwurf von V Artikeln, enthalten in einem Commissionsbericht Welker's über den Bassermann'schen Antrag, will zwar gleichzeitig mit der Einführung einer nationalen Vertretung den bisherigen Bund in einen Bundesstaat verwandeln, kehrt aber doch immer wieder auf den Begriff eines völkerrechtlichen Bundes zurück, namentlich in Bestimmung der Aufgabe des „deutschen Bundes," welche gesetzt wird in die „völkerrechtliche Sicherung Deutschlands und der deutschen Bundesstaaten und das Gesammtwohl der Nation, insoweit hierzu die Selbstverwaltung der einzelnen Bundesstaaten nicht genügt, so daß jene beiden Zwecke gemeinschaftliche Maßregeln erfordern." Hier-

*) Verf. dieses, welcher nie die Ehre hatte, Ständemitglied zu sein, weil die ihm zweimal (vor 9 und 3 Jahren) angetragene Wahl jedesmal durch die amtliche Erklärung hintertrieben wurde, daß kein Urlaub erfolgen würde, beabsichtigte nur von der Gallerie aus die Verhandlungen zu beobachten, als ihm in Frankfurt selbst von mehreren Seiten unerwartet Einladungen zur Versammlung zukamen.

nach ginge der neue Bund nicht einmal so weit, wie der alte; denn die Nationalwohlfarth war unter dem Titel: „gemeinnützige Anordnungen" auch dem Bunde von 1815 vorbehalten; nebst der äusseren oder völkerrechtlichen Sicherstellung bezweckte aber dieser ausdrücklich innere Sicherheit. Die Art. II. IV. u. V. lassen freilich keinen Zweifel, daß Welker und die Siebner-Commission die Aufgabe des Bundes nicht schmälern, sondern erweitern wollten, namentlich durch Einführung eines Bundesgerichts, eines deutschen Bürgerrechts, einheitlicher Gesetzgebung. Mit besonderer Freude begrüßten wir den letzteren Vorschlag, wobei unterschieden wird zwischen absolut gebietenden Gesetzen, welche in ganz Deutschland zur Anwendung kommen müssen, weil eine gleichmäßige Durchführung bundesrechtlicher Bestimmungen (besser: der Bundeszwecke) sie erheischt, und zwischen bedingt gebietenden, welche zwar landesgesetzliche Abänderungen nicht ausschließen, aber doch die Vermuthung der Anwendbarkeit für sich haben. Auch der Anmerkung Welker's treten wir vollkommen bei:

„Der Segen einer großartigen gemeinschaftlichen deutschen Rechtswissenschaft, wie sie die bezeichnete doppelte Art der gemeinschaftlichen Gesetze begründet, wird jedem Verständigen klar sein. Sie wird nicht gemildert, sondern gemehrt dadurch, daß diese Gesetze, zumal die nur bedingt oder hypothetisch gebietentenden, nur die allgemeinen Grundsätze enthalten; denn die erschöpfenden Einzelnheiten der Gesetze schlagen das lebendige Recht in der Wissenschaft und Rechtsanwendung todt. Auch die Möglichkeit der einzelnen Landesgesetzgebungen, je nach besonderen Bedürfnissen Aenderungen an den bedingt allgemeinen Gesetzen zu machen, schadet jener Einheit wenig, wenn nur die Rüstkammer der Chikane, wenn die Giltigkeit der bisherigen alten Gesetze zerstört wird. Aenderungen werden dann selten werden, und die Rechtsvermuthung erhält und schützt erfahrungsmäßig die Gemeinschaftlichkeit auf das Kräftigste. Aber Noth thut es vor Allem, daß die reine Quelle lebendigen nationalen Rechtsgefühls endlich befreit werde von dem Schutthaufen fremder veralteter Gesetze, daß sie, gefaßt und getragen durch allgemeine Rechtsgrundsätze, wieder frisch und kräftig fließe."

Am 25. März ward dieses Bundesprojekt durch die deutsche Zeitung veröffentlicht. Am 30. März, den Tag vor Eröffnung der

vorbereitenden Versammlung, konnte es schon nicht mehr Stand halten, und ein anderer Entwurf aus sechs kurzen Artikeln trat an seine Stelle. Auch hier ward ein bestimmter Aufbau des neuen Bundes in Grundzügen vorgeschlagen, obenan Art. I. ein Bundesoberhaupt mit verantwortlichen Ministern, wobei jedoch unentschieden gelassen wird, ob dasselbe durch 3jährige Wahl, wie der erste Entwurf vorschlug, oder auf andere Weise bestimmt werden soll, sodann Art. II. ein Senat der Einzelstaaten, Art. III. ein Haus des Volks, hervorgehend aus Urwahlen nach dem Maßstab von 1 zu 70,000. Art. IV. wird die Kompetenz des Bundes durch Verzicht der Einzelstaaten auf folgende Punkte erstreckt: Ein Heerwesen, Eine Vertretung gegenüber dem Auslande, Ein System des Handels, der Schiffahrts-Gesetze, des Zollwesens, der Münze, Maß, Gewicht, Posten, Wasserstraßen und Eisenbahnen, Einheit der Civil- und Strafgesetzgebung und des Gerichtsverfahrens, Ein Bundesgericht, Verbürgung der nationalen Freiheitsrechte. Es sind dieß im Wesentlichen dieselben Punkte, in welche schon der erste Entwurf die Aufgabe der Bundesgewalt setzte. Auch den Grundsatz, daß die neue Verfassung nicht allein von den Regierungen und ihren Vertretern, sondern auch von den Vertretern der Nation gebilligt und als Nationalvertrag beschlossen werden müsse, enthält schon das Welker'sche Projekt Art. V. Daraus ging hervor der neue Art. V. „Der Beschluß der Einberufung der constituirenden National-Versammlung auf obige Grundlagen erfolgt durch die mit Vertrauens-Männern verstärkten Bundes-Behörden." Ich selbst hatte zwar das Wort „constituirende Versammlung" in einem Art. der deutschen Zeitung von demselben Tage gebraucht, worin ich darauf antrug, die ganze künftige Verfassung Deutschlands dieser einzuberufenden constituante zu überlassen, war aber dennoch sehr überrascht, dieses große Wort in einem neuen Bundesprojekt, das die Siebner-Commission desselben Vormittags beschlossen und der Bundestag sofort anerkannt hatte, gelassen ausgesprochen zu finden. Damit war die Bestimmung der vorbereitenden Versammlung bereits besiegelt; denn es lag sehr nahe, daß diese Versammlung, wenn sie nach der Art ihrer Zusammensetzung nicht für zuständig gehalten werden konnte, dem deutschen Volke eine Verfassung zu geben, auch über die wichtigsten Punkte derselben, die Organisation und Competenz des Bundes, nicht beschließen konnte. Eine Beengung der constituirenden Versammlung in diesen Beziehungen

wäre nimmer zu rechtfertigen gewesen. Auch ward mit Recht an dem neuen Entwurfe ausgesetzt, daß er den Neubau des Bundes mit der Spitze, dem Bundeshaupte, statt mit dem Volke beginne. Ich übergab daher am ersten Tage der Versammlung dem Präsidenten den schriftlichen Antrag, statt Art. I—III. des neuen Siebnerprogramms zu setzen:

„I. Die Deutschen bilden wieder Ein Volk und Ein Reich.

II. Diesem Reiche kommen alle staatlichen Rechte zu, vorbehältlich der Autonomie der einzelnen Volksstämme und Landesgebiete.

III. Ein Haus des Volks, hervorgehend aus Urwahlen nach dem Maßstab von 1 zu 70,000 wird die künftige Verfassung Deutschlands bestimmen."

Ich hatte bei dem letzten Antrag nicht die Absicht, die Mitwirkung der deutschen Landesregierungen bei Konstituirung des deutschen Reichs-Staats auszuschließen; aber es schien mir wichtig, von Einer Versammlung die letzte Entscheidung ausgehen zu lassen, um die Special- und Partikular-Interessen, welche bisher Deutschland getheilt haben, leichter zu überwinden. Indessen nach den Erlebnissen der ersten Sitzung war es nicht räthlich, die angeregten Punkte oder gar einzelne Grundsätze, z. B. den Grundsatz der einheitlichen Regierung mit Volksvertretung, so sehr ein Uebereinkommen darüber nach vielen Seiten beruhigt hätte, dem stürmischen Meere der vorbereitenden Versammlung anzuvertrauen. Zudem war durch den Beschluß jener Sitzung, einer deutschen constituirenden Versammlung das Verfassungsgeschäft zu überlassen, bereits das Wesentliche für jetzt schon erreicht; ich zog also unter Uebereinstimmung meiner Freunde den Antrag von dem Präsidium zurück, und erfuhr erst in der letzten Sitzung, daß auch Soiron einen dem obigen Antrag nr. III. ähnlichen Antrag gestellt habe, der in der allgemeinen Ermüdung jener Sitzung endlich angenommen wurde, obgleich er der Ansicht der Mehrheit nicht entsprach, indem nach ihm einzig und allein von der constituirenden Nationalversammlung die Verfassung ausgehen sollte. Durch die Bemerkung Soirons, daß diese Versammlung nicht gehindert sei, nach gefaßtem Beschlusse auch noch mit den Regierungen zu unterhandeln und Verträge zu schließen, wurden zwar die Bedenken der Mehrheit beschwichtigt; allein der Grundsatz der Volkssouveränität in dem Sinne, daß der Volkswille d. h. der Wille der Mehrheit der Staatsordnung zu Grund liege, ist durch den gefaßten Beschluß als die An-

sicht der vorbereitenden Versammlung festgestellt, und meines Erachtens mit Recht. Das deutsche Volk hat seine Verfassungs-Angelegenheit bereits thatsächlich in die Hände genommen, und kann sie unbeschadet seiner Existenz nicht wieder aus den Händen geben. Man vertraue aber auch diesem Volke; es wird schneller und besser die große Sache des Vaterlandes zum Ziele führen, als der Wiener-Congreß in den Jahren 1814 und 1815 gethan hat.

Der Hauptstreitpunkt: die angetragene Permanenz der Versammlung ward gegen den Antrag Einzelner verneinend entschieden, und übereinstimmend mit dem Siebner-Programm nr. VI. nur eine Permanenz des Ausschusses beschlossen, die angetragene Zahl von 15 Mitgliedern aber auf 50 erhöht. Diesem Ausschuß ward nach dem Antrag der Sieben das Recht zugestanden: die Vollziehung der Einberufung der constituirenden National-Versammlung auf den 1. Mai 1848 zu betreiben, und wenn bis dahin der Zusammentritt nicht erfolgt wäre, die vorbereitende Versammlung nochmals zu berufen. Die Einberufung der Nationalversammlung selbst ward in die Hände der mit Vertrauens-Männern verstärkten Bundesbehörde gelegt, zugleich aber das Verlangen ausgesprochen, daß vor Allem die seit 1819 gefaßten Ausnahmsbeschlüsse von dem Bunde zurückgenommen, auch der Bundestag von denjenigen Mitgliedern, welche an diesen Beschlüssen theilgenommen, gereinigt werden möge. All' dieses ward von dem offiziellen Organe des Bundes, der Bundesversammlung, zugestanden. Diese Versammlung wird sich auch mit dem zurückgelassenen Ausschusse der vorbereitenden Versammlung in Anstandsfällen in Verbindung setzen und seinen Wünschen, als denen des deutschen Volks, keinen Widerstand entgegensetzen. Damit war die Lenkung der deutschen Angelegenheit bereits in die Hände eines neuen Organs gelegt und im Grunde Alles auf gesetzlichem Wege erreicht, was die ungestümme Minderheit auf revolutionärem Wege anstrebte, nur nicht die Errichtung einer Republik oder einer förmlichen provisorischen Regierung. Auch ich habe mich diesen Vorschlägen in mehreren Privatversammlungen, welche der Hauptversammlung vorhergingen, widersetzt, dem ersten, weil ich die monarchische Form mit volksherrschaftlicher Grundlage für unsere Verhältnisse angemessener und volksthümlicher halte, den zweiten, weil er uns ohne Noth von der gesetzlichen Bahn abgelenkt und ei-

nem ziellosen Umsturz entgegengeführt hätte. Die Mehrheit jener Versammlungen zeigte sich auch den Vorschlägen abgeneigt und diese sind in der förmlichen Sitzung nicht wiederholt worden. Mit um so größerer Heftigkeit entlud sich dagegen hier der vorhandene electrische Stoff wider die derzeitige Bundesgewalt. Ich habe keinen Grund mich dem Bundestag persönlich verpflichtet zu fühlen, welcher früher bei der württembergischen Regierung wegen einer Sache, worin ich nur meine Pflicht gethan, meine Entfernung vom Lehramte beantragte (s. den Bundesbeschluß v. 26. Jan. 1839 wegen des Tübinger Gutachtens in der Hannoverischen Verfassungssache, hannoversches Portfolio III. S. 234). Ich habe auch nicht erst durch diese versuchte Anwendung auf meine Person die Ueberzeugung von der Unzuträglichkeit der sog. Carlsbader und späterer Bundesbeschlüsse wider die Universitäten, die freie Presse u. s. w. erlangt: denn schon vor 16 Jahren, zu einer Zeit, wo es wie Uhland bemerkte, gefährlicher war, als jetzt mit dem Bund sich in Widerspruch zu setzen, glaubte ich aus der Bundesverfassung die Unverbindlichkeit jener Beschlüsse darthun zu können (Publicistische Versuche, Stuttgart 1832). Allein es verlohnte sich jetzt nicht mehr, den Kampf zumal Abwesenden gegenüber fortzusetzen, nachdem die Nation selbst mit vereintem Unwillen die Beschlüsse allbereits unterdrückt hatte. Dagegen war ein harter Tadel allerdings begründet wider die Unklugheit, die auswärtigen Staatsgeschäfte, wohin ja leider immer noch die deutschen Sachen gehören, in den Händen diplomatischer fainéants zu lassen und, statt diese durchaus mit Männern des Vertrauens zu ersetzen, sie mit Vertrauensmännern zu umgeben, die keine Stimme am Bunde haben und also nur dazu dienen können, mit ihrem wohlverdienten Namen für die eigentlichen Stimmführer einzustehen. Eine Folge dieser Halbthuerei ist, daß wir nunmehr drei Versammlungen in Frankfurt haben: den alten Bundestag der, wie Herr Minister v. Gagern sagte, eine Leiche ist; das Collegium von Beiräthen, welches diesen Bundestag in Revision der Bundesverfassung unterstützen soll; und den Fünfziger-Ausschuß in der reformirten Kirche. Ist es zu verwundern, daß dieser gestützt auf seine Popularität das der öffentlichen Macht entfallene Ruder ergreift, und gleichsam doch eine provisorische Regierung vorstellt? —

Die weiteren Verhandlungen des Vorparlaments betrafen namentlich die Wahlart zu der verfassunggebenden Versammlung. Nach-

dem gleich Anfangs beschlossen worden, daß je auf eine Bevölkerung von 50,000 (nach der Bundesmatrikel) *) ein Vertreter kommen solle, entschied man sich für den Grundsatz unmittelbarer Wahlen, ohne jedoch eine Abweichung je nach örtlichen und Landesverhältnissen auszuschließen. Ferner ward das allgemeine Wahlrecht volljähriger, ehrenhafter Staatsbürger ohne Rücksicht auf Vermögen, Religion und Geburtsstand anerkannt. Auch sollten die Einwohner Schleswigs, Ost- und Westpreußens zu den Wahlen für die constituirende Versammlung aufgefordert, folglich in den deutschen Verband aufgenommen werden. In Hinsicht auf die deutschen Einwohner Posens ward eine Entscheidung der vorbereitenden Versammlung wiederholt abgelehnt.

Die große Zahl von Anträgen auf Verbesserung unserer gesellschaftlichen Zustände, zum Theil sehr durchgreifender Natur übergehe ich. Man hat mit gutem Grund sich begnügt, dieselben der späteren Versammlung zur Prüfung und geeigneten Berücksichtigung zu überweisen.

So störend auch manche Auftritte in und außer den Sitzungen waren, und so ungeregelt die Verhandlungen selbst sich fortwälzten, so ist doch gewiß keiner hinweggegangen, bei dem nicht die große Bedeutung der Sache, der Werth des gemeinsamen Zusammenwirkens von Männern aus Nord und Süd, Ost und Westen, nicht blos in den Sitzungen, sondern auch in den sonstigen Versammlungen, wo so Manches mit Erfolg vorbereitet wurde, einen tiefen bleibenden Eindruck hinterlassen hätte. Wir stehen an der Grenzscheide einer alten und neuen Zeit. Sehe jeder zu, daß er mit rei-

*) Es war eine Folgewidrigkeit der Versammlung, erst den Vertretungs-Maßstab von 1 zu 70,000 auf 1 zu 50,000 herabzusetzen, und hintennach zu beschließen, daß die Bundesmatrikel zu Grund gelegt werden solle, welche die Bevölkerung Deutschlands nur zu 30,,164,392 Seelen annimmt, während sie in Wirklichkeit 40,,432,805 beträgt (Gotha'scher Kalender von 1847). Es erklärt sich dieß daraus, daß die Meisten den Stand der Bundesmatrikel nicht kannten, Andere aber dem zweiten Beschluß beitraten, weil sie mit dem ersten nicht einverstanden waren. Eine Versammlung von 600 Personen, ungerechnet die neuen Provinzen, ist jedoch immerhin ansehnlich genug!

nem Sinne, mit Selbstverläugnung, aber auch mit frischem Muthe und Besonnenheit des Geistes die deutsche Zukunft begründen helfe, und daß neben der öffentlichen Freiheit die bürgerliche Eintracht und Ordnung in das neue Staatsgebäude einziehen, daß vor Allem der Sinn für Wahrheit und Gerechtigkeit, die Liebe zu Gott und den Menschen in der Verwirrung nicht untergehen!

Die Plane, welche ausserhalb der vorbereitenden Versammlung dem größeren Publikum unterbreitet wurden, gehen theils auf Wiederherstellung eines deutschen Reichs mit verbesserter Verfassung, namentlich einem verantwortlichen Ministerium und einer Volkskammer neben dem Fürstenrath, so die Vorschläge von J. H. Wirth in der Einleitung zur neuesten Geschichte Deutschlands, R. v. Mohl in der deutschen Zeitung, Eisenmann, Ideen zu einer teutschen Reichsverfassung, Erlangen 1848, K. Hagen, Entwurf zu einem deutschen Nationalparlament, Heidelb. 1848, theils auf einen neuen Bund mit Bundesministerium, Bundesgericht und deutschem Parlament, so die Schriften von Zöpfl, Bundesreform u. s. w. Heidelberg 1848. Frauer, Gedanken über die Umbildung der deutschen Bundesverfassung, Tüb. 1848. Auch die Oberhauptschaft im Reiche oder Bunde ist von Einzelnen schon bestimmten Häusern zugedacht, so von Mohl Oestreich, von Zöpfl Preußen. (Confessionell unpartheiisch sind jedenfalls diese Vota. Mohl, ein Protestant, ist für ein katholisches, Zöpfl ein Katholik für ein protestantisches Oberhaupt.) Es mangelt mir sowohl Zeit als Raum, um auf die einzelnen Vorschläge hier einzugehen. Nur ein paar Worte über die für Preußen angesprochene Hegemonie oder Oberherrlichkeit.

Paul Pfizer — ich mag einem lieb gewordenen alten Namen nicht einen neuen Titel vorsetzen — hat in einem Aufsatz, der aus dem schwäbischen Merkur in die Allg. Zeitung überging, auf's Neue für diese Hegemonie gesprochen, welche schon bisher in dem sog. deutschen Zollverein eine Art von Verwirklichung fand. Dieser Zollverein war eine der schönsten Eroberungen oder fast der einzige praktische Fortschritt der letzten Jahrzehnte, denn in ihm lag die Hoffnung zu einer späteren engeren Vereinigung. Indessen ich ehre die Gründe, welche früher einen Theil der württembergischen und badischen Opposition bestimmten, gegen den Anschluß an Preußen zu-

stimmen. Sie lagen in einem natürlichen Mißtrauen, das die Volkspartie im südlichen Deutschland wider den preußischen Beamtenstaat hatte, ein Mißtrauen, das durch die spätere Erfahrung theilweise gerechtfertigt wurde. Jetzt, da die Büreaukratie in Preußen gefallen, ist auch das Bedenken gegen eine weitere Annäherung an diesen Staat gehoben, und so erklärt sich, wie Pfizer, der früher den Zollverband mit Preußen entgegen war troß der von ihm empfohlenen Hegemonie, nun eben diese Hegemonie im ganzen Umfang verwirklicht wissen will: weil eben die Bedingung, an welche er dieselbe geknüpft hatte, durch den Eintritt Preußens in die Reihe der constitutionellen Staaten erfüllt ist. Auch darin trete ich meinem Freunde Pfizer vollständig bei, daß wenn überhaupt die Umstände eine Hegemonie für Deutschland nothwendig machen sollten, nur das Oberhaupt des größten deutschen Staats, also das Oberhaupt der mit geistiger und materieller Kraft reich ausgestatteten preußischen Monarchie Oberkönig werden könnte.

Allein die Abhängigkeit eines Staats von einem andern ist immerhin ein Zustand, dem man sich ohne Noth nicht unterwirft, und wenn mit der deutschen Einheit zugleich die deutsche Freiheit gegründet werden soll, so darf man diese wenigstens nicht mit einem Zwange beginnen. Die preußischen Verhältnisse haben sich allerdings zum Bessern gestaltet, allein auch die deutschen Verhältnisse haben sich geändert, und das deutsche Volk wird künftig seinen Schutz weder von der einen noch von der andern Hausmacht, sondern von seiner eigenen Gesammtmacht erwarten. Das eben ist das Ziel der neuen Bewegung, daß ferner nicht mehr der Theil das Ganze, die Minderheit die Mehrheit beherrsche, sondern das Ganze den Theil in sich aufnehme und schirme, daß also wahr werde, was der östreichische Erzherzog Johann vor mehreren Jahren am Rheine ausrief: Kein Oesterreich, kein Preußen, sondern Ein Deutschland, fest wie seine Berge!

Pfizer bezweifelt, daß die Ausführung dieses Gedankens jetzt schon im Bereich der Möglichkeit liege. Ich glaube — und es ist dieß nicht blos meine, es ist die herrschende Ansicht — die Ausführung ist jetzt möglich oder nie. In der Gefahr einer gänzlichen Auflösung der Gesellschaft müssen alle Stände, welche diese zusammenhalten, Opfer bringen. Auch die Regierenden haben bereits Opfer gebracht, zu weiteren sich bereit erklärt, und sie werden um

so geneigter dazu beitragen, daß Deutschland geeinigt und gekräftigt werde, als dieß der einzige Weg ist, um eine neue feste Ordnung herzustellen. Eine gemeinsame Vertretung am Bunde macht diese Ordnung nicht aus. Eine staatliche Gewalt über ganz Deutschland thut uns noth, gestützt auf eine vernünftige Freiheit und eine wahrhafte Volksvertretung.

Man darf sich diese Aenderung nicht so vorstellen, als ob einer der bestehenden Landesregierungen die andern sich unterordnen müßten. Einzelne Regierungen werden allerdings in der neuen Organisation Deutschlands schwer Platz finden können, aber die anderen werden ohne Unterschied sich unterordnen der neuen Reichsgewalt, wie sie im Jahr 1815 sich untergeordnet haben der Bundesgewalt. Darin allein liegt auch eine ehrenhafte Ausgleichung für Alle, während eine stabile Hegemonie, sei es eine preußische oder östreichische, ohne Kränkung und Zwang gar nicht durchführbar wäre, oder die schlimme Folge hätte, daß ein Theil Deutschlands unter den Schutz Oestreichs, ein anderer unter den Preußens sich begäbe, ein dritter aber von Frankreich abgelöst und so Deutschland zertrümmert würde.

Oder glaubt man im Ernste, das alte Oestreich werde sich gutwillig Preußen unterordnen? Oder es genüge, wenn dasselbe „mit seinen widerstrebenden Elementen" (die ihm mehr und mehr zu entrinnen drohen) in einen blos äußerlichen Verband zu Deutschland trete? Das Erste ist nicht gedenkbar, das Zweite muß ich wenigstens auf's Bestimmteste verneinen. Wir bedürfen ein einiges großes und mächtiges Reich, um nicht den Nachbarn zur Beute zu werden, und wir können und wollen keinen Theil unsres gesegneten Vaterlandes entbehren. Oestreich selbst wird sich weder ausschließen von dem festeren Verbande, noch wird es seinen Beitritt abhängig machen von der unzulässigen Bedingung, allein zu herrschen im Reiche. Oestreich hat schon einmal, nach seinem Anschluß an die nordische Allianz im Jahr 1813 der Einladung Hannovers zu Wienerannahme der deutschen Kaiserkrone und wiederholt auf dem Wiener Congresse dem von Hannover befürworteten gleichen Wunsche von 31 souveränen deutschen Fürsten und freien Städte widerstanden — mit Rücksicht auf Preußen *). Preußen

*) Klüber, Noten des Wiener Congresses Bd. I. Heft 1 S. 85. 88 f. Heft 2 S. 39.

müßte dasselbe Ansinnen, wenn es gestellt würde, ablehnen — mit Rücksicht auf Oestreich. Dagegen ist weder Oestreich noch Preußen gehindert, die ordnungsmäßige Wahl zum deutschen Oberhaupt anzunehmen, und es versteht sich von selbst, daß wenn einmal der Anfall der Reichsregierung verfassungsmäßig nur auf Wahl zu gründen ist, die beiden ersten Häuser Deutschlands ebenso wie alle anderen zum Voraus sich dem erwählten Oberhaupte unterwerfen werden.

Auch ich nehme gerne wie Pfizer die Dinge wie sie sind, nicht wie sie seyn könnten. Dem Naturgesetze und dem allgemeinen Zuge der Geister läßt sich nicht mit Erfolg widerstreben. Allein was vor wenigen Monaten in der allmäligen Entwicklung der deutschen Verhältnisse ein Glück geschienen und die öffentliche Meinung vorläufig befriedigt hätte, erscheint jetzt theilweise nicht mehr so. Die allgemeine Sehnsucht und das allgemeine Bedürfniß in Deutschland geht nach einer dauerhaften, von Pallast-Intriguen und örtlichen Hemmnissen unabhängigen Staatsgestaltung. Was sich in diesem Sinne als Wunsch und Förderung unsres Volks in Hinsicht auf die künftige deutsche Verfassung darstellen läßt, wäre etwa folgendes:

1) das deutsche Volk, im Bewußtsein seiner Rechte und der Kraft sie zu behaupten gegen äussere und innere Feinde, wird diejenige ebenbürtige Stelle unter den Völkern wieder einnehmen, welche ihm nach dem Zeugniß der Geschichte und nach dem Stande seiner heutigen Bildung gebührt.

2) Auch nach Innen will dieses Volk staatsrechtlich gesichert sein wider neue Verkümmerung durch Bundes- und Kabinets-Beschlüsse, einseitige Fürstenkongresse und Ministerial-Conferenzen; und es will nicht blos festhalten an dem, was bisher zu seiner Ehre und seinem Frieden diente, sondern hinzuerwerben alle Rechte, deren die Bürger anderer freier Staaten würdig gehalten sind, wofern diese Rechte unsern Verhältnissen, Neigungen und Bedürfnissen angemessen erscheinen.

3) Die gegenwärtige Eintheilung Deutschlands in 38 Souveränitäts-Gebiete entspricht weder der geschichtlich überlieferten National-Eintheilung der Deutschen, noch ist sie vereinbar mit einer durchgreifenden Staatsordnung und dem unabweisbaren Anspruch auf eine gleichmäßige und wohlfeile Landesregierung. Die kleineren Gebiete werden daher anderen sich anschließen, und die größeren nach natürlichen Grenzen sich abscheiden müssen.

4) Es ist der Wille des deutschen Volks, daß die Souveränität oder höchste Staatsgewalt künftig ruhe in einer Gesammtmacht, welche den deutschen Staat nach innen und außen kräftig vertrete, und welcher alle wesentlichen staatlichen Rechte zukommen, unbeschadet der Selbstregierung der einzelnen Stammesgebiete hinsichtlich ihrer inneren Angelegenheiten. Zu den Rechten der Reichsgewalt in Deutschland gehört geschichtlich die oberste Gesetzgebung, Besteurung, oberste Gerichtsbarkeit, der Heerbann zu Land und zu Wasser, das Recht der Post, Münze und der allgemeinen Verkehrswege. Den einzelnen Reichslanden bleibe dagegen vorbehalten die Gerichtsbarkeit erster und zweiter Instanz, die Landespolizei, die Selbstbesteurung und die Verwaltung der Landeseinkünfte.

5) Ein allgemeiner Reichstag, zusammengesetzt einerseits aus den Vertretern der einzelnen Lande (Fürsten und ständischen Abgesandten, je 1 auf 50 Geviertmeilen) andererseits aus den Abgeordneten des deutschen Volks nach Wahlbezirken (je 1 Abgeordneter auf 100,000 Seelen) möge jährlich zusammentreten, um über die Gesetze, Staatsverträge, Krieg und Frieden zu beschließen, und über die Staatsverwaltung Rechenschaft zu fordern. Bei einer Meinungs-Verschiedenheit beider Kammern hinsichtlich der Steuerauflage oder sonstiger unaufschieblicher Beschlüsse werden die Stimmen beider Versammlungen, der Ständekammer und der Volkskammer, durchgezählt.

6) An der Spitze des Reichs stehe ein Oberhaupt, König der Deutschen genannt, mit dem Rechte der Vollziehung und der Befugniß, den Reichstag einzuberufen, zu vertagen, aufzulösen, seine Beschlüsse als Gesetze zu verkündigen, und die zu ihrer Vollziehung erforderlichen Anordnungen zu erlassen, ferner mit dem Rechte die Reichsämter, sowohl bürgerliche als Militärstellen, zu besetzen. Bloße Titel und Ehrenzeichen wären abzustellen.

7) Das Reichsoberhaupt werde gemäß dem Vorschlage der Siebner-Kommission gewählt auf die Dauer von 3 Jahren durch den gesammten Reichstag, nicht blos, wie diese Kommission vorgeschlagen hat, durch die Landesregierungen, womit der Bestechung und der ganzen Verderbniß der alten Wahlregierung wieder Eingang verschafft würde. Die Wahl sei offen zwischen den Häuptern und den männlichen Mitgliedern der deutschen Fürstenhäuser *). Im Uebri-

*) Reges ex nobilitate sumunt. Tacitus cap. 7.

gen werde nur gefordert, daß der zu Wählende ein gerechter, billiger und nützlicher Mann sei *).

An würdigen Kandidaten wird es bei Annahme dieses Grundsatzes nicht fehlen, und nicht blos äussere Rücksichten, auch die Stimme des Volks würde sich ohne Zweifel sofort einem Mitgliede des preußischen oder östreichischen Hauses zuwenden. Aber man stelle nicht zum Voraus das eine oder andere Haus als ausschließlich berechtigt dar, noch beschränke man die Wahl auf die Regenten. Wäre es nöthig, das deutsche Bewußtsein in Oestreich durch Wiederkehr der habsburgischen Kaiserherrschaft, welche nie als eine erbliche anerkannt war, in Preußen durch eine preußische Hegemonie zu wecken: nun so rede man lieber nicht von deutschem Sinne und deutscher Einigkeit. Sind aber diese beiden Bedingungen einer besseren deutschen Zukunft allwärts in unserem Vaterlande vorhanden, so mögen sie sich zunächst dadurch erfüllen, daß weder von den alten Vorrechten der Schwaben oder Sachsen, noch von neuen Privilegien Oestreichs oder Brandenburgs mehr die Rede sei, sondern daß Alle sich einigen in der Gründung eines großen und mächtigen Reichs und in der Erhöhung und Befreiung unseres lange gedemüthigten, edlen und tapferen deutschen Volks.

Die Frankfurter Oberpostamtszeitung enthält folgende Bekanntmachung der Beschlüsse der zu Frankfurt a. M. am 31. März und 1. bis 3. April 1848 abgehaltenen Versammlung zur Vorbereitung der deutschen konstituirenden Nationalversammlung. Das zu Frankfurt a. M. abgehaltene Vorparlament hat über die nachfolgenden Gegenstände Beschlüsse gefaßt. Wir theilen sie dem deutschen Volke mit: Aufgabe der Versammlung. Die Versammlung hat ihre Aufgabe darin erkannt, die Art und Weise festzustellen, in welcher die konstituirende Nationalversammlung gebildet werden soll. Sie hat dabei ausdrücklich ausgesprochen, daß die Beschlußnahme über die künftige Verfassung Deutschlands einzig und allein dieser vom Volke zu erwählenden konstituirenden Nationalversammlung zu überlassen sei. — Bun-

---

*) Homo justus, bonus et utilis. Aurea bulla c. II. §. 1.

desgebiet. Schleswig, staatlich und national mit Holstein unzertrennlich verbunden, ist unverzüglich in den deutschen Bund aufzunehmen und in der konstituirenden Versammlung gleich jedem andern deutschen Bundesstaate durch freigewählte Abgeordnete zu vertreten. Ost- und Westpreußen ist auf gleiche Weise in den deutschen Bund aufzunehmen. Die Versammlung erklärt die Theilung Polens für ein schmachvolles Unrecht. Sie erkennt die heilige Pflicht des deutschen Volkes, zur Wiederherstellung Polens mitzuwirken. Sie spricht dabei den Wunsch aus, daß die deutschen Regierungen den in ihr Vaterland zurückkehrenden Polen freien Durchzug ohne Waffen und, so weit es nöthig, Unterstützung gewähren mögen. — Zahl der Volksvertreter in der deutschen konstituirenden Versammlung: Auf je fünfzigtausend Seelen wird ein Vertreter zur deutschen konstituirenden Versammlung gewählt. Ein Staat mit weniger als 50,000 Seelen wählt einen Deputirten. Bei Berechnung der Seelenzahl ist die letzte Bundesmatrikel maßgebend. — Wahlart der Abgeordneten zur deutschen konstituirenden Versammlung. In Betreff der Wahlart gelten für jedes der deutschen Länder folgende Bedingungen: Die Wahlberechtigung und Wählbarkeit darf nicht beschränkt werden durch einen Wahlcensus, durch Bevorrechtung einer Religion, durch eine Wahl nach bestimmten Ständen. Jeder volljährige, selbstständige Staatsangehörige ist wahlberechtigt und wählbar. Der zu Wählende braucht nicht dem Staate anzugehören, welchen er bei der Versammlung vertreten soll. Die politischen Flüchtlinge, die nach Deutschland zurückkehren und ihr Staatsbürgerrecht wieder antreten, sind wahlberechtigt und wählbar. In allen übrigen Beziehungen ist es jedem einzelnen deutschen Staat überlassen, auf welche Weise er die Wahlen zu ordnen angemessen findet; die Versammlung erachtet jedoch die direkte Wahl im Prinzip für die zweckmäßigste. — Ort der konstituirenden Nationalversammlung: Die konstituirende Nationalversammlung hält ihre Sitzungen in Frankfurt a. M. — Zeit des Zusammentritts: Das Wahlgeschäft ist von den einzelnen Staaten in der Art anzuordnen, daß die Nationalversammlung am 1. Mai dieses Jahres ihre erste Sitzung halten kann. — Permanenter Ausschuß der Versammlung. Die gegenwärtige Versammlung wählt einen permanenten Ausschuß von 50 Mitgliedern, der bis zum Zusammentritt der kon-

stituirenden Versammlung in Frankfurt a. M. verweilt. Der Ausschuß wird aus den Mitgliedern der Versammlung in der Art gewählt, daß jeder Wahlzettel fünfzig Personen bezeichnet, in Betreff derer die Versammlung voraussetzt, daß jeder Wählende alle Theile des Vaterlandes in dem Ausschusse vertreten sehen wolle. Dieser Fünfzigerausschuß ist beauftragt: die Bundesversammlung einzuladen, mit ihm bis zum Zusammentritt der konstituirenden Versammlung in Vernehmen zu treten; er ist beauftragt: die Bundesversammlung bei Wahrung der Interessen der Nation und bei der Verwaltung der Bundesangelegenheiten bis zum Zusammentritt der konstituirenden Versammlung selbstständig zu berathen und die nöthigen Anträge an die Bundesversammlung zu bringen; er ist beauftragt: bei eintretender Gefahr des Vaterlandes die gegenwärtige Versammlung sofort wieder einzuberufen. Der Ausschuß wird bei den Regierungen dahin wirken, daß die allgemeine Volksbewaffnung in allen deutschen Ländern schleunigst ins Leben gerufen werde. Der Ausschuß hat dafür zu sorgen, daß ihm sechs Männer aus Oestreich als weitere Ausschußmitglieder beitreten. Die Verhandlungen des Ausschusses mit der Bundesversammlung sind durch die Presse zu veröffentlichen. Die Versammlung verlangt, daß der Bundestag, indem er die Angelegenheit der Begründung eines konstituirenden Parlaments in die Hand nimmt, sich von den verfassungswidrigen Ausnahmebeschlüssen lossage und die Männer aus seinem Schooße entferne, welche zu Hervorrufung und Ausführung derselben mitgewirkt haben. — Grundrechte und Forderungen des deutschen Volkes. Die Versammlung empfiehlt, mit ihrer grundsätzlichen Zustimmung, dem konstituirenden Parlamente zur Prüfung und geeigneten Berücksichtigung die nachstehenden Anträge, welche bestimmte Grundrechte als geringstes Maß deutscher Volksfreiheit verlangen und die im deutschen Volke lebenden Wünsche und Forderungen aussprechen: Gleichstellung der politischen Rechte, ohne Unterschied des Glaubensbekenntnisses und Unabhängigkeit der Kirche vom Staate. Volle Preßfreiheit. Freies Vereinigungsrecht. Petitionsrecht. Eine freie volksvertretende Landesverfassung mit entscheidender Stimme der Volksabgeordneten in der Gesetzgebung und Besteurung und mit Verantwortlichkeit der Minister. Gerechtes Maß der Steuerpflicht nach der Steuerkraft. Gleichheit der Wehrpflicht und des Wehrrechts. Gleiche Berechtigung aller Bür-

ger zu Gemeinde- und Staatsämtern. Unbedingtes Auswanderungsrecht. Allgemeines deutsches Staatsbürgerrecht. Lehr- und Lernfreiheit. Schutz der persönlichen Freiheit. Schutz gegen Justizverweigerungen. Unabhängigkeit der Justiz. Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege und Schwurgerichte in Strafsachen. — Ferner: ein volksthümliches Kreditsystem mit Ackerbau- und Arbeitskreditkassen. Schutz der Arbeit durch Einrichtungen und Maßregeln, um Arbeitsunfähige vor Mangel zu bewahren, Erwerblosen lohnende Beschäftigung zu verschaffen, die Verfassung des Gewerb- und Fabrikwesens den Bedürfnissen der Zeit anzupassen. Schulunterricht für alle Klassen, Gewerbe und Berufe aus Staatsmitteln. Anerkennung endlich der Auswanderung als National-Angelegenheit und Regelung derselben zum Schutze der Auswanderer. Dank der Versammlung. Der Dank der Versammlung wird ausgesprochen den zu Heppenheim und Heidelberg zusammengetretenen Männern; den Behörden und den Bürgern der Stadt Frankfurt a. M. für die gastliche Aufnahme und ihre Anordnungen; dem Vorstande der Versammlung für seine Mühewaltung; der Bürgerwehr für ihren Schutz und den Turnern für ihre dienstliche Mitwirkung in der Versammlung.

Frankfurt a. M. den 3. April 1848.

Namens des Fünfziger-Ausschusses:
Soiron, als Vorsitzender.
H. Simon, als Schriftführer.

V.

Beitrag zur Lehre von den Familien-Fideicommissen, nebst einem Rechtsfall.

Von

Wilda.

Es ist eine bekannte Streitfrage: ob zur Nachfolge in deutsche Familien-Fideicommisse nur Männer von der Schwertseite berechtigt sind? Ob mithin nicht nur Weiber durch Männer, sowohl in entferntern Linien als in derselben ausgeschlossen werden, sondern auch nach Abgang des Mannsstammes Weiber und deren Nachkommen, sofern sie von dem Stifter nicht ausdrücklich berufen sind, keine Anwartschaft auf das Fideicommiß haben und dieses daher erlischt? Man kann dieß auch so ausdrücken: es fragt sich, ob die Vermuthung nicht nur gegen cognatische, sondern auch gegen cognatisch-agnatische Familien-Fideicommisse streite? Das bairische Landrecht [1]), sowie das östreichische Gesetzbuch [2]), und das preußische Land-

1) Cod. Maxim. civ. Thl. 3. K. 10. §. 6. Unadelige Familien mögen ebenfalls mit fideicommissis familiae beehrt werden — (geändert durch das Edikt vom 20. Mai 1818 §. 1) — und obwohl in Fideicommißsachen die Weibsbilder unter dem Namen des Geschlechts oder Familie regulariter nicht begriffen seynd, so ist doch fideicommittenti nicht verwehrt, ein anderes zu verordnen, und die Weibs-Personen vor-, mit- oder nach den Mannsstämmen zu berufen, folglich auf diese Art ein fideicommissum irregulare zu machen.

2) Oestreich. bürgerliches Gesetzb. §. 626. Die weibliche Nachkommenschaft hat in der Regel keinen Anspruch auf Fideicommisse, hat aber der Stifter ausdrücklich verordnet, daß nach Erlöschung des Mannsstammes das Fideicommiß auf die weibliche Linie übergehen soll;

recht[3]) haben dieß angenommen, und zwar für alle Arten von Familien-Fideicommissen. Fast alle neueren Germanisten haben aber zwischen Fideicommissen, welche adeligen und bürgerlichen Familien angehören, unterschieden, und haben jene Regel als im Wesen der erstern begründet anerkannt[4]). Mittermaier scheint damit freilich nicht übereinzustimmen, wenn er die Ausschließung der Weiber von der Erbfolge für ein zwar häufiges, insbesondere bei adeligen Fideicommissen gewöhnliches Merkmal erklärt, woraus aber nicht folgen soll, daß dieses Merkmal „als ein nothwendig eintretendes angenommen werden müsse"[5]). Recht klar ist mir freilich nicht ge-

---

so geschieht dieß nach der für die männliche Geschlechtsfolge vorgeschriebenen Ordnung, doch gehen die männlichen Erben derjenigen Linie, welche zum Besitz des Fideicommisses gelangt ist, den weiblichen Erben vor.

3) Preuß. Landrecht Thl. II. Tit. 4. §. 189: wenn die gesammte männliche Descendenz eines Fideicommißstifters erlöscht; und derselbe zum Besten seiner weiblichen Nachkommen nichts verordnet hat; so wird das Fideicommiß in den Händen des letzten männlichen Descendenten freies eigenthümliches Vermögen. Vgl. auch §. 139.

4) Es möge hier genügen, um nur vorliegende Schriften anzuführen, auf folgende außer Knipschildt zu verweisen: Stryck, de successione ab intest. Diss. VII. c. 2. §. 17. S. F. Willenberg, de jure ultimi gentis suae. (Jenae 1755) §. 148. Kreittmayr, Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. III. 10. §. 10. T. III. p. 1257. Brockes, Observatt. (Lub. 1765) XVI. 31. Runde, deutsches Privatrecht (8. Aufl.) §. 696. B. W. Pfeiffer, Abhandlungen über Gegenstände des röm. und deutschen Privatrechts (Marb. 1803) S. 64. C. Vollgraf, vermischte Abhandlungen Marb. 1822 S. 104. C. F. Eichhorn, deutsches Privatrecht (3. Aufl.) §. 695. J. F. Sachse, Handbuch des großherzogl. sächs. Privatrechts (Weimar 1824) §. 540. R. Maurenbrecher, Lehrb. des deutsch. Privatrechts §. 372. Wolff, Lehrb. (1843) §. 199 Note 6. und endlich von Salza und Lichtenau, die Lehre von den Familienfideicommissen (1838) §. 62. S. 116 ff. Zu welchen nun noch hinzukommt: Reyscher, württemberg. Privatrecht Bd. III. (1848) §. 737. G. Phillips hat sich über diesen Gegenstand nicht bestimmt ausgesprochen (s. §. 188 seines Lehrbuchs) und Ortloffs Ansicht ist aus dem Grundriß (§. 392) nicht zu entnehmen.

5) Mittermaier, deutsches Privatrecht. 7. Aufl. §. 449. IV.

worden, wie dieß eigentlich zu verstehen ist. Daß zunächst der Wille des Stifters, wie er aus der Stiftungsurkunde zu entnehmen ist, entscheidet, und daß die Errichtung cognatischer Fideicommisse ebenso zuläßig ist, als agnatischer, ist wohl niemals bezweifelt worden; wenn aber die Ausschließung der Weiber bei adeligen Fideicommissen nicht nur ein häufiges, sondern ein gewöhnliches Merkmal ist, sollte sie dann nicht, um eine beim Lehenrecht erbliche Unterscheidung anzuwenden, für ein Naturale fideicommissi (ordinis equistris) zu halten sein, wenn sie auch nicht — wie es auch niemals behauptet worden ist — als ein Essentiale angesehen werden darf?

Unter den Schriftstellern, welche theils die Berechtigung der Weiber zur Nachfolge überhaupt, theils, — worauf es uns hier besonders ankommt — die Fortdauer der Familien-Fideicommisse nach Abgang des Mannsstamms vertheidigt haben, dürften nebst Cramer[6]) und Pütter[7]) besonders noch zu erwähnen sein: Westphal[8]) und Posse[9]), da man bei ihnen auch die Anführungen der ältern Vertheidiger ihrer Ansicht findet und sie diese selbst genügender zu begründen gesucht haben. Sie gehen aber davon aus, daß die Familien-Fideicommisse nichts seien, als eine römische Form, durch welche man das altdeutsche Erbrecht zu sichern und zu erhalten gesucht hat; da nun aber die Weiber nach deutschem Recht keineswegs gänzlich von der Erbfolge ausgeschlossen waren, so müsse auch angenommen werden, daß dem Fideicommißstifter die Absicht einer Ausschließung derselben fern gelegen habe und daß, wenn er auch ausdrücklich nur Männer zur Nachfolge berufen habe, doch dieß nur dahin verstanden werden könne, daß die Weiber und deren Nachkommen erst nach Abgang des Mannsstammes zur Nachfolge gelangen sollten, „da dieses ja den altdeutschen Grundsätzen gemäß sei,"

---

6) J. U. Crameri, opuscula T. I. p. 411 sqq. bes. p. 467 sqq.

7) J. St. Pütter, de jurae feminae adspirandi ad fideicommissa familiae 1745. In der sylloge commentt. jus priv. princ. illustr. Goettingae 1789 p. 5.

8) E. Ch. Westphal, deutsches Privatr. Bd. II. S. 234 u. 285 ff.

9) A. F. H. Posse, Prüfung des Unterschiedes zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung. Rostock 1796 S. 68. Derselbe auch in seiner Schrift: Sonderung der reichsständischen Staats- und Privatverlassenschaft (Göttingen 1740) S. 43.

„die alte Stammgutseigenschaft auch nach Erlöschen des Mannsstammes fortdaure, wie denn ja auch in unseren deutschen Territorien in jenem Fall die Weiber zur Nachfolge gelangen. Es beruht dieses Alles aber auf einer unrichtigen Vorstellung von der Entstehung der deutschen Familienfideicommisse und einer damit zusammenhängenden Gleichstellung der Verhältnisse und Rechte des hohen und niedern Adels, sowie der Familienfideicommisse des Adels überhaupt und der etwa auch bei bürgerlichen Familien vorkommenden — Anordnungen innerhalb adeliger Familien, wodurch Unveräußerlichkeit der Güter, Ausschließung der Töchter von der Erbfolge, — beides oftmals in einer weitergehenden Weise, als sie sowohl in den ältern Volksrechten, wie in dem Landrecht des M. A. begründet waren, — und selbst Festsetzung der Untheilbarkeit der Güter, sowie besonderer Nachfolgeordnungen, Bestimmungen über Abfindungen u. s. w., waren in Deutschland üblich geworden, bevor das römische Recht allgemeinere Verbreitung erhalten hatte, und durchaus unabhängig von der Einwirkung desselben [10]. Auflockerung der alten fest geschlungenen und über das Haus hinausgehenden Familienbande, zunehmende Beweglichkeit des Vermögens, welche auch das Grundeigenthum ergriff, wachsende Gleichberechtigung der Weiber, lagen im Entwicklungsgang des deutschen Rechtes selbst, und das römische Recht begegnete nur dieser im Werden begriffenen Rechtsgestaltung. Dem Adel, dessen Bedeutung von der Erhaltung „der Geschlechter" abhing, dessen vorberechtigte Stellung, dessen politisches Ansehen und Einfluß ohne Grundbesitzthum nicht bestehen konnten, konnte die Gefährdung, welche ihm durch jene Rechtsentwicklung drohte, nicht entgehen. Doch waren es sicher mehr vereinzelte Erfahrungen, als eine Uebersicht der Verhältnisse, die erst eine spätere Zeit gewinnen konnte, welche ihn bestimmten, durch Familienanordnungen entgegenzuwirken und vorzubauen. Es kam hinzu, daß ein Theil des Herrenstandes seine Rechte zu der, einer wahren Staatsgewalt sich im-

---

10) S. C. F. Dieck (Rec. v. Salza und Lichtenau, die Lehre von den F. F. C.) in Richter und Schneider's Jahrbb. für krit. Rechtswissenschaft 1840 S. 320. G. Beseler, die Lehre von den Erbverträgen Bd. II. S. 75 ff. S. 259 ff. und Reyscher, das Erbrecht der adeligen Töchter und deren Verzichte im 6. Bande dieser Zeitschrift S. 257 ff.

mer mehr annähernden Landeshoheit erweiterte, und die Unveräußerlichkeit und Untheilbarkeit des Besitzthums jener Familien nun Landesinteresse wurde; daher die Landstände nicht selten bei jenen Familienanordnungen mitgewirkt haben. Was übrigens in einzelnen Familien und Kreisen durch ausdrückliche Satzungen bestimmt wurde, mochte sich in anderen auch bei gleich wirkenden Bedürfnissen durch Herkommen gestalten. Als das römische Recht im 15. Jahrhundert seine Herrschaft befestigt hatte, hatte sich für den Herrenstand bereits ein Inbegriff von Grundsätzen über Erbrecht und damit zusammenhängende Familienverhältnisse gebildet, welche die Grundlage eines sich immer fester gestaltenden Standesrechts ausmachten, das nachmals mit dem Namen Privatfürstenrecht bezeichnet wurde. Es wurde dieses durch Familienwillküren weiter ausgebildet oder bestimmter zum Bewußtsein gebracht und festgestellt [11]). Dem hohen Adel konnte bei der Stellung, die er bereits im 15. Jahrhundert gewonnen hatte und immer entschiedener einnahm, das römische Recht keine Gefahr mehr bringen. Anders war dieses aber bei dem niedern Adel, und zwar insbesondere dem Theil, welcher sich der Landsässigkeit nicht zu entziehen vermocht hatte. Mit dem bestimmten sich ausbildenden Unterthanenverhältniß trat auch der Grundsatz hervor, daß er in allen seinen privatrechtlichen und somit auch seinen Familienverhältnissen dem gemeinhin im Lande geltenden Recht unterworfen sei, und diesem sich conformiren müsse. Die Ritterschaften erhoben zwar nicht selten Klagen und Beschwerden darüber, daß man sie unter das römische Recht bringen wolle; aber es gelang ihnen doch nur selten oder sehr unvollkommen, sich dessen zu erwehren, wenn ihnen nicht, wie es hie und da in Beziehung auf einzelne Gegenstände geschah, die Landesgesetzgebungen zu Hülfe kamen oder die Juristen ein römisches Geschäft oder eine römische Form fanden, der sie das als herkömmlich behauptete Recht unterstellen konnten, oder die sich für die nothwendig erachteten Anordnungen benutzen ließ. Der Mangel an einer gründlicheren Erkenntniß der Verschiedenheit des römischen und deutschen Rechts kam hier zu Hülfe, und erleichterte es den Juristen, sich mit ihrem civilistischen Gewissen abzufinden, um für Rechtsverhältnisse, die dem römischen Leben fremd waren, eine Rechtfertigung

---

11) S. meinen Aufsatz über den Bentink'schen Erbfolgestreit im III. Bd. dieser Zeitschrift S. 229 f.

und Begründung im Corpus Juris zu finden. So bot denn auch das römische Recht in seinen Familienfideicommissen ein Institut dar, durch welches man sich nicht nur die Eigenschaften eines deutschen Stammgutes von einem quasi-civilistischen Standpunkte aus einigermaßen juristisch begreiflich machen konnte, sondern dessen sich Personen, die nicht, wie die zu landesherrlichen Familien gehörenden, eine besondere Stellung einnahmen, ohne die einem jedem Staatsbürger zustehende Befugniß zu überschreiten, bedienen konnten, um Anordnungen zu machen, durch welche Güter für unveräußerlich erklärt, und anderweitige auf die Erbfolge sich beziehende oder damit in Verbindung stehende Bestimmungen getroffen werden mochten. Es war dadurch aber dem Ritterstande, der in eben der Zeit, als das römische Recht zur Herrschaft gekommen war und die Landeshoheit an innerer Stärke bereits sehr gewonnen hatte, zugleich auch vielfach schon die Güter aus seinen Familien schwinden sah, ein von den Juristen anerkanntes Mittel gegeben, um Vorsorge zu treffen für die Erhaltung der Familie. Unter Erhaltung der Familie, oder wie man es auch oftmals ausdrückte, Erhaltung des Familienglanzes verstand man aber nicht sowohl, daß allen Nachkommen, männlichen und weiblichen Geschlechts, möglichst ein gewisser Wohlstand gesichert werden, sondern daß der Name und das Wappen des Geschlechts in einem gewissen Glanz, durch gesicherte Wohlhabenheit oder Reichthum je einiger Familienglieder oder wohl nur eines einzigen bestehen sollte [12]); dieß konnte aber außer der Anordnung über Unveräußerlichkeit der Güter — welche das Haupt- und wesentliche Merkmal der Familienfideicommisse ist — nur durch Ausschließung der Weiber und anderweitige Beschränkung der Succession genügend erreicht werden. Dieser Ursprung der Familienfideicommisse führt aber nun zu folgenden Ergebnissen und Schlußfolgerungen:

1) Die Familien- oder Geschlechtsfideicommisse sind auf dem Boden des Adelsrechtes erwachsen. Die Befugniß, dergleichen zu errichten, ist ein Ersatz, welcher dem niedern insbesondere dem landsässigen Adel für den Verlust der Autonomie geworden ist [13]). Da

---

12) S. J. St. Pütter, Beiträge zum Staats- und Privatfürstenrecht Bd. II. S. 264

13) Wenn v. Salza und Lichtenau a. a. O. S. 78 sagt, daß der niedere Adel, der auf Erhaltung des Familienglanzes bedacht war,

man aber ein besonderes Privatrecht des niedern Adels, wie des hohen (oder doch unmittelbaren) Adels nicht anzunehmen pflegt, und da die Juristen die Geschlechtsfideicommisse auf das römische Recht zurückführten, so konnten sie den Bürgern freilich nicht wohl das Recht absprechen, dergleichen Fideicommisse zu errichten. Bürgerliche Geschlechtsfideicommisse waren indeß stets etwas außergewöhnliches [14]). Erst die spätere Theorie und Gesetzgebung hat das Institut, indem man es mehr aus einem abstrakten, als geschichtlichen Standpunkt aufgefaßt hat, mit größerer Bestimmtheit zu einem dem generellen Privatrecht angehörenden erhoben, „da ja Unveräußerlichkeit von Gütern von Personen aller Stände in sehr verschiedener Absicht festgesetzt werden könne."

2) Erhaltung der Familien in der zuvor angegebenen Bedeutung war aber so entschieden der Zweck der eigentlichen Familienfideicommisse, worunter wir die des niedern Adels verstehen, daß ältere Juristen insbesondere dieß in die Begriffsbestimmung der Familienfideicommisse aufzunehmen pflegten, wie z. B. Knipschild, der seinem bekannten Werk den Titel gegeben hat: De fideicommissis familiarum nobilium sive de bonis, quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur — tractatus. Auch Eichhorn [15]) sagt demgemäß: ein wahres Familienfideicommiß entsteht nur durch eine Disposition, daß die Güter, welche der Descendenz des Verfügenden oder einer andern Person von jenem hinterlassen werden, nicht veräußert, sondern zur Erhaltung des Ansehens des Geschlechts bis zu dessen Abgang in demselben vererbt werden sollen." In der Regel wird man auch in den einzelnen Fideicommißstiftungen den bezeichneten Zweck ausdrücklich angegeben finden [16]). Aber auch wenn dieß nicht der Fall ist, wird, sofern nicht bestimmt das Gegentheil sich ergibt, angenommen werden müssen, „daß Erhaltung

---

sich im Allgemeinen bei dem alten Recht der Autonomie erhielt, so zeigt dieß mindestens von einer sehr unklaren Vorstellung. Vgl. dagegen Beseler's Volks- und Juristenrecht S. 204 f.

14) S. auch Beseler, Erbverträge Bd. II. Thl. 2. S. 90.

15) Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 368.

16) Reyscher, württemb. Privatrecht Bd. III (1848) §. 737. Not. 1 bemerkt, daß alle Fideicommißstiftungen, die er gesehen, auf diesen Zweck hinweisen.

des Ansehens des Geschlechts bis zu dessen Abgang" durch die Stiftung erwirkt werden solle.

3) Bei den Familienstatuten des hohen Adels darf aber nicht übersehen werden, daß zu dem Familieninteresse noch das Landes- oder Staatsinteresse hinzukam und im Lauf der Zeit immer mehr in den Vordergrund trat. Dieses Staatsinteresse fordert aber neben Untheilbarkeit und Unveräusserlichkeit des Landes insbesondere auch noch eine sichere und möglichst nie unterbrochene Erbfolge, wodurch Erbverbrüderungen mit hervorgerufen worden und ein eventuelles Successionsrecht der Cognaten zur Regel geworden ist, ohne daß man davon auf die Fideicommißsuccession bei dem niedern Adel zurückschließen darf, wie dieses namentlich Pütter gethan. Die Auflösung eines Privat-Familienfideicommisses hat ja auch an sich gar nicht die Folge, daß die Güter nun nothwendig aus der Familie kommen, sondern nur, daß die Grundsätze der Erbfolge, wie sie allgemein im Lande gelten, wieder eintreten.

4) Wenn ein dauerndes oder Geschlechtsfideicommiß zum Besten einer bürgerlichen Familie errichtet worden ist, was, wie wir gesehen haben, nicht gerade als unzulässig betrachtet werden kann, so kann nicht wohl Erhaltung des Glanzes der Familie in dem Sinn, den man damit beim Adel verbindet, als zu vermuthender Hauptzweck unterstellt, und bei der Erklärung der Stiftungsurkunde zu Grunde gelegt werden, denn es würde darin ein Heraustreten aus dem Kreise der Lebenseinrichtungen und selbst der sittlichen Ansichten liegen, wie sie beim Bürgerstand zu herrschen pflegt; dieß kann aber nicht ohne genügenden Grund angenommen werden. Im zweifelhaften Fall wird man daher bei einem bürgerlichen Familienfideicommiß vielmehr annehmen müssen, daß dem Gründer das Erbgüterrecht, wie es in manchen Städten als gesetzliches Institut besteht, und nach welchem das ererbte Vermögen ohne Unterschied des Geschlechts auf alle Nachkommen übergehen soll, vorgeschwebt habe.

5) Erhalten wird ein adeliges Geschlecht als solches aber nur durch die Männer, welche Namen und Wappen desselben tragen und fortpflanzen. In Beziehung auf das Fideicommiß bilden sie daher auch allein die Familie, den Stamm. »Familiae appellatio,« sagt Knipschild unter Berufung auf Forster [17]) — »continet ag-

17) Forster, de successione ab intest. Lib. III. c. 25. n. 11.

natos, qui de eodem sanguine procedunt, masculos, idem cognomen, eadem insignia portantes, die eines Stammes und Namens seynd, welche einerlei Schild und Helm haben" [18]). »Vocabulum, Stammen heißt es in Wernheri observationes practicae, welche zuerst 1608 erschienen sind, significat agnationem et familiam, qua tantum comprehendi dicuntur masculi, der männliche Stamm, die Schwertmagen, cui opponitur, das weibliche Geschlecht, die Spielmagen, quia foeminae non dicuntur idoneae ad conversationem familiae et agnationem.« Deßgleichen Kreittmayr: „in weitschichtigem Verstand begreift zwar ein Geschlecht, Familie auch Weibsbilder — in engerm Verstand aber, welches besonders in materia fideicommissaria prävalirt, seynd nur die Agnaten — mithin einerlei Namens und Stammes seynd, auch einerlei Schild und Helm führen" u. s. w. [19]). Unter den ältern Juristen scheint hierüber kein Zweifel geherrscht zu haben.

6) Daraus folgt aber nicht nur, daß Fideicommisse, welche zur Erhaltung der Familie, ihres Ansehens und Glanzes errichtet sind, und das ist bei denen des Ritterstandes stets zu vermuthen, die Weiber durch die Männer von der Erbfolge ausgeschlossen werden [20]),

---

18) Knipschild a. a. O. I. n. 35. 39. 191.

19) Kreittmayr, Anmerkungen zum baierischen Landrecht Thl. III. c. 19. §. 1. n. 2. (T. III. p. 1237) §. 10. n. 2. c. 11. §. 3. 4. n. 7.

20) Vgl. insbesondere noch A. Bauer, Beiträge zum Privatfürstenrecht (1839) S. 113 ff. Es ist dieser Aufsatz gegen ein Erkenntniß des Oberlandesgerichts zu Halberstadt, welches nachmals von dem Obertribunal zu Berlin bestätigt worden ist, in einer Streitsache des Herzogs von Aremberg und des Fürsten von Löwenstein-Wertheim Rosenberg gerichtet, in welcher angenommen war, daß „Stamms-Namen" in Fideicommißurkunden u. dgl. das ganze Geschlecht mit Einschluß der Weiber und Cognaten, nicht blos den Mannsstamm bezeichne. Maurenbrecher sagt (deutsches Privatrecht 2. Aufl. Bd. I. §. 217) in seiner Weise, daß damit d. h. durch den Richterspruch als solchen, alle diejenigen widerlegt seien, welche auf die Sprache, den Gebrauch in Urkunden u. s. w. gestützt das Gegentheil angenommen haben. Dagegen bemerkt Beseler, Erbverträge Bd. II. Thl. 2. S. 300 mit Recht, daß wenn auch einige vereinzelte Beispiele sich nachweisen lassen, wo „Stamm und Name" in jenem Sinn gebraucht werden, solche Ausnahmen nichts beweisen könnten.

sondern auch daß mit Abgang des Mannsstammes, und also mit dem Erlöschen der Familie in oben bezeichneter Bedeutung, auch die Unveräußerlichkeit der Güter aufhört, indem ja der Zweck, um dessenwillen die Anordnung getroffen war, nun nicht mehr erreicht werden kann, wie dieß unter den zuvor (Note 4) genannten Schriftstellern besonders B. W. Pfeiffer ausgeführt hat [21a]). Dagegen kann nun nicht, wie wir schon erwähnt haben, eingewendet werden, daß das mit Fideicommißqualität zum Besten des Mannsstamms belegte Gut doch nach Absterben desselben die Eigenschaft eines Stammgutes behalte. Die Unveräußerlichkeit gewisser Güter beruht nämlich bei dem niedern Adel, soweit sie nicht etwa partikularrechtlich begründet ist, jedesmal nur auf einer fideicommissarischen Anordnung [22]). Ebenso wenig folgt daraus, daß bei dem hohen Adel Frauen und deren Nachkommen nach Abgang des Mannsstammes zur Nachfolge gelangen: daß dieses auch rücksichtlich der Fideicommisse des Ritterstandes der Fall sein müsse; wie dieß ebenfalls bereits zuvor ausgeführt worden ist. Endlich kann man sich auch nicht auf die natürliche Liebe, die Jeder zu seinen Nachkommen hat, berufen, und auf die daraus hervorgehende Vermuthung, daß der Stifter des Fideicommisses, wenn der eigentliche Zweck nicht mehr zu erreichen wäre, doch seine Güter lieber in seiner Nachkommen als in fremden Händen sehen möchte, wie dieses die sämmtlichen oben Note 6—9 genannten Vertheidiger der cognatischen Erbfolge gethan haben. Die natürliche Liebe zu seinen Nachkommen hat mit den Familienfideicommissen gar nichts zu schaffen. Sie wendet sich zunächst den eigenen Kindern zu, und entziehet ihnen nicht die freie Disposition

---

21) v. Salza und Lichtenau a. a. O. S. 16. 105. Von den ältern Juristen wurden daher die Fideicommisse, bei welchen auch Weiber zur Nachfolge berufen waren, zu den fideic. impropriis oder irregularibus gerechnet. S. Kreittmayr a. a. O. Thl. 3. Kap. 10. §. 6. 10. n. 2. und J. Ch. Rupprecht, diss. de fideic. familiae cognatico (J. U. v. Cramer, Opusc. IV. p. 508) §. 4. sagt: fideic. hoc (cognaticum) contradictionem involvere videtur cum familiae per foeminas non conserventur, quae e familia exeunt.

21a) B. W. Pfeiffer, Abhandlungen über Gegenstände des röm. und deutschen Privatrechts. Marburg 1803 S. 64 ff.

22) Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 367.

über das Vermögen zum Besten einer entfernten Nachkommenschaft; sie führt nicht darauf die Töchter von der Erbfolge auszuschließen, und einem unter den Söhnen selbst, wie es meist der Fall ist, um die Untheilbarkeit der Güter zu sichern, den Vorzug zu geben. Die durch den Einfluß des Christenthums geweckte oder doch geförderte, alle Kinder in gleicherweise umfassende Liebe, hat dazu mitgewirkt, das alte Stamm- und Erbgutssystem zu erschüttern, welches weit weniger streng und starr und weit weniger hart gegen die Nachgebornen und Töchter war, zumal in den ganz anderen gesellschaftlichen Zuständen, denen es angehörte, als das Familienfideicommißsystem. Wäre es, wie Posse sagt, „undenkbar, daß Jemand die Bedürfnisse seiner Nachkommen dem Glanz entfernter Stammvettern aufopfern sollte, der weit weniger Glanz auf sein Grab wirft, als das Wohlleben der erstern," — so würde das Institut der Familienfideicommisse niemals entstanden sein. Das Interesse nicht für Individuen, sondern für das Abstraktum der Familie, — das im Namen und Wappen derselben fortbesteht, — hat die Familienfideicommisse hervorgerufen, und es ist stets anzunehmen, daß der Gründer eines solchen mehr durch besondere Standes-Interessen und Ansichten geleitet worden sei, als durch allgemein menschliche Motive.

7) Für die Erlöschung des Fideicommisses nach Abgang des Mannsstammes spricht aber ferner noch, daß jede die Freiheit des Eigenthums beschränkende Anordnung streng zu erklären ist. Das Veräußerungsverbot kann daher nicht über den wirklich erweisbaren Willen dessen, von dem es ausgegangen, erstreckt werden. Mit Bezugnahme auf die oben angeführten Gründe, aus welchen man eine Fortdauer des Fideicommisses nach erloschenem Mannsstamm hat folgern wollen, sagt daher auch Kreittmayr: „so leicht man präsumirt, daß der Stifter die Weiber nach den Männern habe berufen wollen, eben so leicht präsumirt man, daß, weil er davon ganz abstrahirt hat, er nach Abgang des Mannsstammes der gewöhnlichen Successionsordnung habe freien Lauf lassen wollen, da ohnehin jeder allezeit mehr dem juri communi et ordinario sich zu conformiren, als davon abweichen zu wollen, geglaubt wird" [23]).

8) Aus dieser Regel hat man aber weiter geschlossen, daß wenn

23) Kreittmayr a. a. O. Thl. III. Kap. 10. §. 10.

auch eine Ueberlieferung des Fideicommißgutes an die Cognaten nach Abgang des Mannsstammes angeordnet ist, doch auch daraus allein noch nicht angenommen werden könne, daß es in der Absicht des Stifters gelegen habe, ein agnatisch-cognatisches Fideicommiß zu begründen. Ein solcher Befehl enthalte vielmehr, wie v. Salza bemerkt[24]), weiter nichts als eine fideicommissarische Substitution, welche die Wirkung hat, daß das Fideicommißgut vom letzten Agnaten mit Allodialeigenschaft an die weibliche Nachkommenschaft nach der Erbfolgeordnung übergeht, welche in den Civilgesetzen bestimmt ist. — „Nur wenn der Stifter klar und unzweideutig über die Fortdauer des Fideicommißverbandes nach Erlöschen des Stammes sich ausgesprochen hat, tritt die subsidiarische Fideicommißfolge der weiblichen Descendenten und ihrer Abkömmlinge in derselben Ordnung ein, wie solche vordem bei dem Mannsstamme beobachtet worden ist."

9) Das bisher Ausgeführte führt aber auch darauf, daß wenn ein Fideikommißstifter nach Abgang der Männer vom Mannsstamm noch die Weiber, die denselben Namen tragen und dasselbe Wappen führen, aber auch nur diese, zur Nachfolge in das Fideicommiß berufen hat, nicht angenommen werden darf, daß dasselbe auch auf die nicht erwähnten Nachkommen jener Weiber hat übergehen und als ein agnatisch-cognatisches hat begründet werden sollen. Vielmehr erlischt die fideicommissarische Eigenschaft der Güter in einem solchen Fall in den Händen der letzten Agnatin oder des letzten (männlichen) Agnaten, wenn ein Uebergang des Fideicommisses auf Weiber des Stammes nicht mehr möglich ist.

Die entwickelten Grundsätze wurden von der Breslauer Juristenfakultät als leitend bei Beurtheilung eines Rechtsfalls anerkannt, über welchen die Fakultät wiederholt ihre gutächtliche Erklärung abzugeben veranlaßt worden ist. — Der Rechtsfall war folgender: Bernhard von Waldau errichtete im J. 1611 zu Breslau ein Testament, worin eine landesfürstlich confirmirte fideicommissarische Anordnung enthalten war, die also lautete:

„Und nachdem ein jeder Adelich Ritter- und Biedermann dahin in alle Wege sinnen und so viele an ihme ist trachten solle,

---

24) v. Salza a. a. O. S. 117.

damit sein adeliches Geschlecht je länger je mehr floriren und in ein mehrers Aufnahme gesetzt, die unbewegliche, stehende und liegende Güther bei dem Geschlecht erhalten werden mögen, So habe ich nit weniger aus sonderlicher Liebe und geneigter Affection, so ich zu meinem Adelichen Geschlecht, und sonderlich den Ehelichen gebornen Mannlichen Erben, als daß auch die prosapia erhalten, trage"

„Sintemahlen mich Gott mit dreyen Güthern als Schwanowitz, Prambsen so im Briegischen und Fruhnau so im Oppelnschen Fürstenthum gelegen, gesegnet, dann auch andere Häusern zu Brieg gegeben, vornehmlich ad conservationem Familiae und stets währender Erhaltung meines Adelichen Männlichen Ehelich gebornen Geschlechts gesehen, disponire, ordne und setze derowegen hiemit aus vorgehabten zeitigen und reifen Rathe wohlbedächtig, daß nach meinem tödlichen Abgange meine obgenannten drei Güther — jeder Zeit in familia mea und bei den Männlichen Ehelichen und von vier Adelichen Ahnen gebornen Erben derer von Waldau in nachgesetzter Maaße, gar oder Stückweise von keinem Possessore weder alieniret, verwendet, noch quocunque modo vel titulo in extraneum mit transferirt — werde. — Und demnach ich nun obbenandte alle meine unbeweglichen Güther und liegenden Gründe ad conservationem familiae in perpetuum ausgesetzet und der Erben Einsehung ein wesentliches Stück und Grundvest eines jeden Testaments ist; So setze und verordne ich meinen rechten wahren und ungezweifelten Erben und Erbnehmern meinen freundlichen vielgeliebten Herrn Vetter den Edlen, Gestrengen, Ehrn-Vesten wohlbenahmten Herrn Wolf von Waldau auf Wültschütz — und nach dessen tödlichen Abgang seinen in stehender Ehe erzeugten jetzigen und künftigen ältesten Sohn, und da derselbe ohne männlichen, ehelichen Leibeserben abgehen, und mein geliebter Vetter Herr Wolf von Waldau — mit mehrern männlichen Erben in stehender Ehe gesegnet werden sollte, soll allezeit der Aelteste und dessen Sohn von vier Adelichen Ahnen gebohren und also consequenter, wenn dessen Sohne auch nit mehr vorhanden, wiederum der Aelteste dieses Stammes und also fort und fort in perpetuum der Güther und Hause fähig sein, und soll diese meine Verordnung bey jetzt erregten Stamm

ob angezeigtermaßen verbleiben, weil davon einige männliche Erben vorhanden. Begäbe sich aber daß mein vielgeliebter Vetter Wolf von Waldau — vor mir mit Tode abginge oder nach mir verstürbe und keinen männlichen Erben nach sich verließe, so sollen diese meine Güther dieser meiner vorhergehenden Verordnung nach, und alle Wege der Linie und Stamm, wie obangesetzt, auf meinen lieben Vettern aus dem Hause Klein Rosen stammen und fallen, daß nehmlich alle Wege der Aelteste und dessen Eheliche von vier Adelichen Ahnen gebornen Söhnen und in Mangel derer alle Wege wiederum der Aelteste nächste dieses Stammes und seine Söhne von vier Adelichen Ahnen geboren, so lange dieser Stamm von männlichen Ehelichen Erben wären und beym Leben sein würden, ob berührter maßen succediren sollen."

„Da aber von den Waldern aus dem Hause Klein Rosen keiner so männlichen Geschlechts mehr beim Leben, so sollen die Güther und Hauß jedoch alle Wege obiger meiner Verordnung nach für und für zu ewigen Zeiten, auf den nächsten und altisten Vettern stammen und fallen, weil einiger männlicher Erbe von Waldern Geschlechts des Wappens in diesem Lande Schlesien lebet, und da kein männlicher Erbe mehr vorhanden, soll diese meine Verordnung auf die nächste und altiste von vier Ahnen Adelichen Geschlechts gebornen Freunden[25]), so mir am nächsten verwand, von Walder-Geschlecht des Wappens obangezeigtermaßen auch alle Wege an die Aelteste stammen und fallen, jedoch daß sie sich auch ehrlich verhalten, und ihrem Stamm gemäß ehrlich verheyrathen."

Mit dem Tode des Stifters kam das Fideicommiß an Wolf von Waldau auf Wildschütz, fiel aber schon im Jahr 1657 an die Waldau's auf Klein Rosen, und ist in dieser Linie verblieben. Im Jahre 1787 wurde von dem damaligen Fideicommißbesitzer Siegmund Wolfgang mit Genehmigung der nächsten Anwärter: Friedrich Wilhelm, Carl Ludwig, Johanna Charlotte, verehelichte von Lichnowski, und Sophie von Waldau die Güter verkauft und in ein

25) Freunden steht hier für Freundin, wie dieses auch von allen Gerichten, die in dieser Sache gesprochen haben, anerkannt ist.

Geldfideicommiß verwandelt. — Dem Siegmund Wolfgang folgte 1816 sein Bruder Carl Ludwig. Dieser starb 1818 mit Hinterlassung eines Sohnes Carl Bernhard, auf welchen das Fideicommiß überging, und welcher, da sein einziger Sohn vor ihm mit Tode abgegangen war, der Ansicht war, daß Niemand weiter zu dem Fideicommiß berechtigt, und dieses daher nach §. 139. 189. Tit. 4. Thl. III. des Landr. in seiner Hand freies Eigenthum geworden sei. Er that schon bei seinem Leben verschiedene Schritte, um das Erloschensein des Fideicommißnexus festzustellen, und starb am 24. Sept. 1841 mit Hinterlassung eines im J. 1838 errichteten, den 5. Oktbr. 1841 publicirten Testamentes. In diesem trennte er von seinem aus den Fideicommißkapitalien, die er auf 93150 Rthlr. angab, bestehenden Vermögen sein eigentliches und ursprüngliches Allodialvermögen, welches besonders in einem Wohnhause zu Breslau bestand. Zu seinen Erben ernannte er die Brüder Carl und Maximilian Lichnowsky zu Brieg, Söhne seiner verstorbenen Schwester Johanna Charlotte; doch sollten sie nur den lebenslänglichen Nießbrauch des Nachlasses erhalten, welcher letztere nach ihrem Ableben aber zur Hälfte an die Taubstummen- und Blinden-Anstalten zu Breslau, zur andern Hälfte an die hiesige Universität, als Fonds zu Stipendien für evangelische und katholische Theologie Studirende fallen sollte. Es sollten aber noch eine Menge Legate, theils in Kapitalien, theils in lebenslänglichen Renten von den Erben ausgezahlt werden. — Das erwähnte Wohnhaus nebst Mobilien, als Allodialbesitzthum des Erblassers, sollte seine Pflegetochter nebst einem andern Legat erhalten. Zugleich bestimmte der Testator, daß wenn es einem Fideikommißprätendenten gelingen sollte, auszuführen, daß er zur Succession in das Geldfideicommiß berechtigt sei, der Testator also nicht berechtigt gewesen wäre, über dasselbe letztwillig zu verfügen, jene seine Pflegetochter alleinige und unumschränkte Erbin seines gesammten Allodialvermögens sein sollte.

Die beiden eingesetzten Erben C. und M. v. Lichnowski weigerten die Annahme der Erbschaft, da in dem Testament über ein Fideicommiß verfügt worden sei, über welches der Testator gar nicht zu disponiren berechtigt gewesen. Die im Testament als Erben substituirten Anstalten erklärten aber, da nun der Fall der Substitution eingetreten sei, die Erbschaft sub beneficio legis et inventarii antreten zu wollen. (Dem eingereichten Inventar zufolge betrug der

Nachlaß nach Abzug der Legate, einschließlich der zu Kapital berechneten Leibrente, etwa 27800 Rthlr.)

Es vereinigten sich nun aber der Fideicommißcurator und der Testamentsvollstrecker zu einer Provocation gegen die Fideicommiß-Prätendenten, und in Folge derselben erhoben unterm 10. April 1843 die Brüder v. Lichnowski Klage, in welcher sie forderten: „da keiner der Vettern des Fideicommißstifters des Namens und Wappens von Waldau überhaupt und namentlich in Schlesien mehr vorhanden sei, als Söhne der vorverstorbenen Schwester des letzten Besitzers, und somit als die nächsten und einzigen Fideicommiß-Nachfolger in Besitz und Genuß desselben eingesetzt zu werden."

Durch ein Erkenntniß des ersten Senats des Oberlandesgerichts zu Breslau wurden sie indeß zurückgewiesen, weil nach Abgang des Mannsstammes nur noch die den Namen und das Wappen des Geschlechts führenden Frauen, nicht aber auch die Cognaten, von dem Stifter zur Nachfolge berufen worden seien; und wenn auch über die Auslegung des Passus der Fideicommißurkunde, worin dieß geschehen, möglicherweise Zweifel entstehen könnten, doch nach dem Wesen der adeligen Familienfideicommisse und der damit vollkommen übereinstimmenden Fassung der ganzen Urkunde nicht angenommen werden könne, daß die Unveräußerlichkeit der Güter das Bestehen des Namens und Wappens der von Waldau habe überdauern sollen. Es wurde die Abweisung auch noch weiter auf andere Gründe gestützt, die der Rechtsfrage, mit welcher wir uns hier beschäftigen, ferner liegen. Es wurde nämlich den Klägern noch entgegengesetzt, daß sie das Vorhandensein von vier Ahnen, besonders väterlicherseits nicht nachgewiesen hätten; sowie sie endlich auch nicht den Erweis erbracht hätten, daß ihre Mutter die nächste und älteste Regredienterbin des Stifters gewesen sei.

Dieses Erkenntniß wurde aber durch ein Urtheil des Appellations-Senats des genannten Oberlandesgerichts vom 11. Dec. 1845 wieder aufgehoben und die Successionsansprüche der Kläger als vollkommen begründet anerkannt.

Zur Rechtfertigung dieser Entscheidung wurde besonders auszuführen gesucht: 1) daß die ganze Stiftung gar nicht als eine ausschließlich agnatische betrachtet werden könne, und 2) auch eine ausdrückliche Berufung der Cognaten enthalte.

Der Begründer des Fideicommisses — wird zunächst in Bezie-

hung auf den ersten Punkt behauptet — habe dasselbe „nicht weniger aus sonderlicher Liebe und geneigter Affektion, so er zu seinem adlichen Geschlecht, und sonderlich den ehelich gebornen männlichen Erben (getragen habe), sondern auch, daß auch die prosapia erhalten" (werde) errichtet; „unter prosapia müsse hier aber die cognatische Verwandtschaft verstanden werden." Diese Behauptung ermangelt aber jeder Begründung, denn prosapia bezeichnet ein aus langer Zeit herstammendes, in einer langen Reihe von Generationen sich ausdehnendes Geschlecht. Da aber ein Geschlecht nur durch die männlichen Nachkommen erhalten wird, so liegt darin vielmehr eine Beziehung auf männliche Abstammung und alten Adel; daß es aber jemals zur Bezeichnung der weiblichen Verwandtschaft im Gegensatz zur männlichen gebraucht worden sei, war in dem Urtheil auch gar nicht einmal nachzuweisen versucht worden. Der Fideicommißstifter hat entschieden nur sagen wollen, daß nicht nur Liebe zu den ihm näher stehenden Mitgliedern seines Geschlechts (den Linien von Wiltschütz und Klein-Rosen), sondern auch die Sorge für dessen Erhaltung, auch in den fernern Generationen, ihn bei seiner Anordnung geleitet habe.

Eine andere Hinweisung darauf, daß die Stiftung sowohl für die weibliche als männliche Nachkommenschaft gemacht worden sei, sollte in den Worten liegen, daß „vornehmlich ad conservationem familiae und stets währender Erhaltung seines (des Stifters) adlichen männlichen ehelich gebornen Geschlechts," „die Güter jeder Zeit in der Familie und bei den männlichen ehelichen und von vier adeligen Ahnen gebornen Erben derer von Waldau in nachgesetztem Maaße" verbleiben sollten. Damit habe nämlich ausgedrückt werden sollen, „daß die Güter nur mit einer gewissen Maßgabe, nur vorzugsweise (vornehmlich) zum Besten der Agnaten unveräußerlich erklärt worden seien. Es wird aber wohl einer weitern Widerlegung als einer Verweisung auf die mitgetheilte Stiftungsurkunde nicht bedürfen, und aus dieser wird sich dem Leser wohl auch sattsam hervorstellen, wie das „nachgesetzter Maaße" sich offenbar auf die weiterhin festgesetzte Successionsordnung hat beziehen sollen.

Eine ausdrückliche Berufung der Cognaten sollte aber nach der Ansicht des Appellationsgerichtes aus den Worten der von der Nachfolge der Agnatinen handelnden Stelle „obangezeigtermassen

auch alle Wege an die Aelteste stammen und fallen," mit Sicherheit sich ergeben. „Stammen" bezeichne nämlich den Anfall an eine ganze Linie, also hier je an einen ganzen Weiberstamm und „obangezeigtermaßen" bedeute hier, daß dieser Anfall an die einzelnen Stämme, und die Vererbung innerhalb derselben in der Ordnung, wie es zuvor für die männliche Linie bestimmt worden war, geschehen solle.

Hiergegen war in einem wiederholten Gutachten, zu welchem die hiesige Juristenfakultät in Folge jenes Urtheils veranlaßt worden war, u. A. auch ausgeführt worden, daß „stammen" nicht — wie ohne alle weitere Rechtfertigung und ohne jeglichen Beleg, behauptet worden war — bedeute: an einen Stamm (Linie, Geschlecht) kommen, sondern „von einem Stamm herkommen," wie es Adlung erklärt; „auf einen stammen:" vermöge seiner Abstammung etwas erhalten; daß „stammen und fallen" aber eine pleonastische Redeformel sei, wie die in gleicher Bedeutung häufiger vorkommende „kommen und fallen," was sich insbesondere auch aus den Nachweisungen von Wehner und Besold (Obss. pract. unter den Worten: fallen, kommen) ergibt. — Es war zugegeben worden, daß das „obangezeigtermaßen" und die Aehnlichkeit der Fassung der ganzen Stelle, worin es vorkommt, mit dem vorhergehenden von der Succession der entferntern männlichen Linien handelnden Passus, allerdings einiges Bedenken erregen konnte. Wäre dieß nicht der Fall, so würde der vorliegende Rechtsstreit ja gar nicht haben entstehen können. Bei näherer Betrachtung ergibt sich aber auch, daß die Aehnlichkeit beider Stellen keinesweges so vollkommen ist, als es auf den ersten Blick erscheinen möchte. Die Stiftungsurkunde enthält nämlich zwei Haupttheile; in dem ersten wurden gewisse Güter „ad conservationem familiae, zur stets währenden Erhaltung des adlichen männlichen ehelich geborenen Geschlechts von Waldau" ausgesetzt und deren Unveräußerlichkeit näher bestimmt; in dem zweiten Theil ist dann die Successionsordnung festgesetzt worden. Der Schluß, welcher auch den Uebergang des Fideicommisses auf die Freundinen des Walder'schen Geschlechts bestimmt, erweitert dasselbe allerdings über die natürlichen Gränzen eines regelmäßigen adeligen Familienfideicommisses, welche Erweiterung sich aber daraus wohl erklärt, daß der Stifter auch die Freundinen, noch als zu seinem adeligen Geschlecht gehörig, und gleichsam als den Schluß des-

selben betrachtete. Darauf weist denn auch hin, daß in diesem Passus, nicht wie in dem von den männlichen Linien handelnden, von einem Vererben „für und für zu ewigen Zeiten" die Rede ist; denn war einmal das Fideicommiß an die Agnatinen gekommen, ohne auf deren Nachkommen überzugehen, so konnte ein lang dauernder Bestand nicht mehr erwartet werden. Wenn nun das „obangezeigtermaßen" an und für sich wohl auf den zweiten Theil der Stiftungsurkunde bezogen werden könnte, so kann, mindestens mit gleichem Rechte darin eine Rückweisung auf den ersten Theil gefunden werden, so daß die Worte: „soll diese meine Verordnung auf die nächste und altiste — Freundin — obangezeigtermaßen auch alle Wege an die älteste stammen und fallen," nicht so wohl heißen würden: es soll das Fideicommiß zunächst auf die älteste Freundin und deren Nachkommen nach den oben vorgeschriebenen Regeln der Primogenitur übergehen, und dann ebenso auf die nächste Agnatin und deren Erben, sondern die Bedeutung vielmehr wäre: es soll nach Abgang der männlichen Nachkommen die dem Stifter zunächst stehende Frau die für die Familie ausgesetzten, verordneten Güter, doch nicht als in ihrer Hand frei werdendes Gut, sondern als fideicommissarisches, unveräußerliches Vermögen, wie dieses oben bestimmt worden war, erhalten, und so solle es fortgehen, so lange eine der Freundinen noch vorhanden ist. Erkennt man diese Erklärung als richtig an, so enthält der Satz im Wesentlichen Alles, was hier zu bestimmen nöthig war; wollte man aber annehmen, daß der Stifter ein sog. agnatisch-cognatisches Fideicommiß habe errichten wollen, so wird man nicht wohl verkennen können, daß er seine Willensmeinung in einer ungewöhnlichen Weise dargelegt, und während er zuvor Alles sehr genau und deutlich angeordnet hat, da, wo eine größere Bestimmtheit vorzugsweise erforderlich gewesen wäre, sich in sehr vager und zweideutiger Weise ausgedrückt haben würde. Denn mit dem Uebergang eines Fideicommisses auf den Weiberstamm treten so eigenthümliche Verhältnisse ein, werden, wo es an genauen Bestimmungen fehlt, wie die zahlreichen Controversen zeigen, so manche Zweifel rege, daß eine allgemeine Rückweisung auf das zuvor Angeordnete, — welches völlig hinreichend ist, wo nur von der Succession entfernter männlicher Linien die Rede ist, bei welchen sich dieselben Verhältnisse immer wiederholen, — als sehr ungenügend erscheinen muß. Ungewöhnlich dürfte es gewiß aber sein, daß, wenn

die Cognaten zur Succession berufen werden, nur die Töchter, und gar nicht auch ihre Nachkommen erwähnt werden. Wir dürfen hier nur auf die Beispiele in J. J. Moser, Familienstaatsrecht (Bd. II. S. 857. 868. 874. 892) verweisen. Dieß tritt aber so mehr hervor, wenn der Stifter erwarten mußte, wie es hier der Fall ist (wo mehrere männliche Linien vorhanden waren), daß nach Abgang des Mannsstammes die Stammmütter der nächst berufenen cognatischen Linie, „die nächste Freundin," gar nicht mehr am Leben sein würde. Dennoch drückt er sich so aus, daß man annehmen muß, er habe nur an die Möglichkeit der Succession solcher Freundinen selbst gedacht. Wäre es sein Wille gewesen, daß das Fideicommiß an die ihm zunächst stehende weibliche Linie hätte kommen und in dieser sich fort vererben sollen, so würde es aus dieser, die sich durch Männer und Weiber fortpflanzt, nicht so leicht wieder herausgekommen sein, und von einem „alle Wege an die Aelteste stammen und fallen" hätte wohl nicht die Rede sein können. Der Stifter forderte von den „von vier Ahnen adlichen Geschlechts stammenden Freundinen, auch nur ein sittliches, den Namen nicht schändendes Verhalten — „daß sie sich ehrlich verhalten und ihrem Stamme gemäß sich ehrlich verheirathen." Davon, daß wenn sie zur Ehe schreiten würden, dieß mit Männern, die ein adeliges Geschlecht im Sinn des Verfassers fortsetzen konnten, geschehen solle, ist nicht die Rede.

Das Urtheil zweiter Instanz wurde indeß durch ein Erkenntniß des geheimen Obertribunals vom 10. August v. J. bestätigt. Der hohe Gerichtshof erklärte zuvörderst, „daß die Stiftungs-Urkunde als eigentliche Entscheidungsnorm für den vorliegenden Rechtsstreit angesehen werden müsse." Sie würde selbst allgemein gesetzlichen Vorschriften vorgehen, wenn solche im gemeinen Recht für die Succession in deutsche Familienfideicommisse, wie es nicht der Fall ist, vorhanden wären. „Auch die Meinungen der Rechtslehrer können für die Richter kein entscheidendes Gewicht haben." Nähme man aber auch, wie der erste Richter, den von ihnen aufgestellten Satz, daß bei adeligen Familienfideicommissen die Präsumtion gegen cognatische Familienfideicommisse spreche, für richtig an, so reiche er doch immer zur Entscheidung der Frage nicht hin, auf die es hier eigentlich ankommt, ob nämlich die weibliche Succession, welche der Stifter beim Abgang des Mannsstammes in

der That angeordnet hat, sich lediglich auf die berufene agnatische Freundin (Verwandte) beschränke, oder sich auch auf die Descendenz erstrecke. Zwar habe der Stifter dieser Descendenz nirgend ausdrücklich gedacht, auch sei es nicht richtig, wenn der Appellationsrichter gemeint habe, daß der Stifter durch die im Eingang seiner Verordnung gebrauchten Worte die Agnaten und die Cognaten neben einander gestellt habe, und nur die Agnaten vornehmlich habe bedenken wollen, denn prosapia bedeute nur überhaupt »familia et generatio;« allein mit Recht habe er eine Berufung der weiblichen Nachkommen in dem letzten oben bereits besprochenen Passus gefunden. Mit den Worten: „es solle die Verordnung auf die älteste Freundin stammen und fallen," habe er ausdrücken wollen, daß in Absicht ihrer die ganze Verordnung zur Anwendung gebracht werden, und daß dieß „obangezeigtermaßen" geschehen solle, könne — nur bedeuten: „nach der vorher bestimmten Successionsordnung." — Es wird insbesondere auch die Bedeutung, die der Appellationsrichter dem Worte „stammen und fallen" beigelegt hat, gebilligt, da man aus dem Gebrauch desselben in der Urkunde selbst ersehe, daß der Stifter des Fideicommisses damit habe das Fallen an einen Stamm, hier also an die Freundinen und ihre Nachkommen ausdrücken wollen. In dem Gutachten der Breslauer Juristen-Fakultät sei zwar behauptet, daß stammen weiter nichts bedeute, als daß Jemand von seinem Stamm, vermöge seiner Abstammung etwas erhalte; allein dieses Gutachten könne bei der zum Besten der Universität Breslau in dem Testament des Bernhard von Waldau geschehenen Erbeseinsetzung nur den Werth (?) einer Parteischrift haben.

So die Entscheidungsgründe des Urtheils in höchster und letzter Instanz! Nach den bereits vorausgegangenen Erörterungen können wir uns aber auf einige wenige Bemerkungen über dieselbe beschränken. Wenn davon ausgegangen wird, daß die Fideicommißurkunde die eigentliche Entscheidungsnorm für die über die Succession sich erhebenden Streitigkeiten ist, und selbst allgemein gesetzlichen Vorschriften, wenn dergleichen vorhanden wären, vorgehen müßte; — so ist dieß ein Satz den, allgemein hingestellt, wohl Niemanden zu bestreiten einfallen möchte, welcher aber doch nur dann zur Anwendung gebracht werden kann, wenn der Stifter des Fideicommisses seine Willensmeinung mit solcher Bestimmtheit und Klar-

heit dargelegt hat, daß dem Richter dadurch eine sichere Grundlage für seine Entscheidung gegeben ist. Wenn dieses aber nicht der Fall ist, wenn gewisse Punkte entweder ganz unbestimmt gelassen, oder wenn die Fassung der Urkunde verschiedene Deutung zuläßt, wird sich der Richter wohl nach anderen Normen umsehen müssen, wenn nicht subjektives Meinen oder souveränes Fürgutfinden den Urtheilsspruch bilden sollen. Woher aber — und selbst bei der größten Unvollständigkeit einer Urkunde — nach den in dem Urtheil ausgesprochenen Grundsätzen eine solche Entscheidung nehmen? „Gesetzliche Vorschriften über die Succession in Familienfideicommisse gibt es auf dem Gebiet des gemeinen deutschen Rechts nicht, und auch „die Meinungen der Juristen" können für den Richter kein entscheidendes Gewicht haben." Es ist unschwer zu erkennen, daß dem Verfasser der Entscheidungsgründe hier der §. 6. der Einleitung in das Preußische Landrecht vorgeschwebt [26]), daß er aber von demselben eine höchst unglückliche Anwendung gemacht hat. Dem deutschen Privatrecht, all' unserer Arbeit, unserem Mühen und Forschen, soweit sie nicht auf Herbeiführung eines allgemein deutschen Rechts, sondern auch zunächst auf Ergründung, Feststellung des vorhandenen überkommenen Rechtes gerichtet sind, ist damit für die preußische Rechtspraxis wenigstens der Stab gebrochen. Und es steht zu befürchten, daß Sätze von solcher Bequemlichkeit nur allzuleicht, wenn es auch nicht bereits geschehen sein sollte, sich Eingang verschaffen möchten, zumal wenn sie in den Entscheidungen des höchsten Gerichtshofs Platz greifen möchten. Es dürften aber doch wohl wenige Erkenntnisse von demselben ausgehen, welche durch so vage allgemeine Sätze jedes Eingehen auf wissenschaftliche Erörterung zu umgehen suchen, und so sehr, jeder scharfen Schlußfolgerung ermangelnd, auf einer durchaus falschen Grundlage beruhen. Denn die Urkunde wird nicht sowohl deßhalb für die Entscheidungsnorm erklärt, weil sie hinläng-

---

26) Preuß. Landrecht Einl. §. 6. „Auf Meinungen der Rechtslehrer oder älterer Aussprüche der Richter, soll bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden." Vergl. Bornemann, preuß. Civilrecht Bd. I. S. 37. Es kann der Satz jedenfalls nur auf die nach den Grundsätzen des preußischen Landrechts, welches die früheren Controversen abthun sollte, zu entscheidenden Streitigkeiten sich beziehen.

lich vollständige und unzweifelhafte Bestimmungen enthält, sondern weil der Richter, der von der Meinung der Juristen sich nicht soll bestimmen lassen, und der sich hier auch nicht auf Gesetze berufen kann, nichts Anderes hat, woran er sich halten könnte. — Oder man möchte fast glauben, der Verfasser der Entscheidungsgründe sei sich über diese Verschiedenheit, über die ganz andere Anordnung, welche der Urtheilsbegründung in dem einen und in dem anderen Fall hätte gegeben werden müssen, selbst nicht klar geworden, indem er seine vorangestellte Behauptung, daß der Richter sich lediglich auf die Urkunde verwiesen sehe, dadurch weiter zu begründen sucht, daß wenn es auch richtig wäre, daß die Präsumtion gegen cognatische Familienfideicommisse streite, dieß doch für den vorliegenden Fall nicht ausreichen würde. Hier scheint es nämlich, daß den sog. Meinungen der Juristen doch einiges Gewicht beigelegt werden könnte, wenn sie nur richtig und wenn sie ausreichend sind. Hätte hier nun der Urtheilsverfasser seine Ansicht aussprechen wollen, ob er jene Vermuthung für irrig halte, und hätte er dieß begründen mögen, so würde dadurch dem Erkenntniß eine fast alle Gegengründe vernichtende Stütze gegeben worden sein. Es zeigt aber ein arges Verkennen der Sache, wenn er gemeint hat, jene Rechtsfrage, als hier ganz indifferent, zur Seite schieben zu können; denn eben jene Gründe, welche dem Richter verbieten, das Fideicommiß auf die weiblichen Nachkommen übergehen zu lassen, wenn sie nicht mit entschiedener Bestimmtheit von dem Gründer desselben berufen worden sind, gebieten ihm auch jede Fortdauer des Fideicommisses über das Vorhandensein des Mannsstammes hinaus, als eine Impropriетät, stricte zu interpretiren. Auch der preußische Richter wird sich namentlich an diese Regel zu halten haben, denn das Landrecht (II. 4. §. 139. 189) geht von der Regel aus, daß Familienfideicommisse nach Abgang des Mannsstammes erlöschen, und das Publikationspatent (§. IX.) verordnet, daß „insofern nach Publikation des Landrechts aus einer ältern Handlung oder Begebenheit Processe entstehen, und die damals vorhandenen, auf den vorliegenden Fall anzuwendenden Gesetze dunkel und zweifelhaft sind, so daß bisher über den Sinn und die Anwendbarkeit derselben verschiedene Meinungen in den Gerichtshöfen stattgefunden haben, derjenigen Meinung der Vorzug gegeben werden soll, welche mit den Vorschriften des Landrechts übereinstimmt oder derselben am nächsten kömmt.“ Sehr mit Unrecht hat

man sich aber in dem Urtheil auf die aus ihrem Zusammenhang gerissenen §§. 194. 195. (Thl. 2. Tit. 4.) als die Ansprüche des Klägers unterstützend berufen [27]). Denn in den §§. 190—202. ist genau bestimmt, wie es mit der Successionsordnung gehalten werden soll, wenn der Fideicommißstifter die Cognaten (die weibliche Descendenz) berufen hat. Daraus kann aber für einen Fall, wie der vorliegende, gar nichts gefolgert werden. Man ersieht aus dem Herbeiziehen dieser §§. aber auch, daß der Richter zwar die dem gemeinen Recht angehörende Doktrin von den Familienfideicommissen zur Seite zu schieben gesucht hat, daß er aber anderweitige Adminicula seiner Erklärung der angeblich so unzweifelhaft lautenden Urkunde doch keinesweges so ganz verschmäht und überflüssig gehalten hat. Und wie konnte er dieß auch? Von dem Richter erster Instanz waren in Uebereinstimmung mit der Juristenfakultät die Ansprüche der Cognaten als unbegründet erklärt worden, und der eine Theil der Gründe, worauf die zweite Instanz ihr abweichendes Urtheil gestützt hat, ist in dem jetzigen Erkenntniß selbst verworfen worden, ohne daß freilich etwas anderes an die Stelle gesetzt worden wäre. Das Erkenntniß beruht somit lediglich auf der Erklärung der Worte „obangezeigtermaßen — stammen und fallen," oder vielmehr auf dem kategorischen Ausspruch, daß der Stifter des Fideicommisses mit diesen Worten die weibliche Nachkommenschaft zur Nachfolge berufen habe, denn auf eine Widerlegung der abweichenden Erklärung hat man sich gar nicht eingelassen. Der Widerlegung, namentlich der Ausführung, daß „stammen und fallen" in Fideicommißurkunden gar nichts anderes bedeute als „kommen und fallen," oder die Nachweisung, daß der Verfasser der Urkunde diese Worte hier nicht in der sonst üblichen Weise gebraucht habe, hat man sich durch die Erklärung zu überheben gesucht — daß dem Gutachten der Fakultät nur der Werth einer Parteischrift zukomme. Das

---

27) §. 194. Ist beim Ableben des letzten männlichen Descendenten von dem Stifter, dessen älteste Tochter noch am Leben, so gelangt sie zum Besitz des Fideicommisses; auch wenn sie alsdann noch keine successionsfähige männliche Nachkommen hätte. §. 195. Stirbt sie aber ohne dergleichen Nachkommen zu hinterlassen, so geht die Succession auf die zweite Tochter des Besitzers und deren männlichen Descendenten, nach eben der Regel über.

Kürzeste war dieses allerdings. Aber auch die Deduktionen und Gründe eigentlicher advocatorischer Parteischriften, wenn sie nicht als ganz nichtig erscheinen, pflegen die Richter zu erwägen und zu widerlegen. Es wäre namentlich auch dem Verfasser dieser Zeilen interessant gewesen, die Werthlosigkeit der für die vertheidigte Erklärung aufgestellten Gründe, wenn auch nur in wenigen Andeutungen dargelegt zu sehen. Man würde dann doch auch erkannt haben, mit welcher Berechtigung jenes Gutachten nicht als wahre Rechtserwägung gewürdigt, sondern als Parteischrift bezeichnet werden durfte.

VI.

Ueber correspective Testamente.

Von

Justizrath Buchka

in Neustrelitz.

Wie Vortreffliches auch in der neueren Zeit für die Theorie der correspectiven Testamente geleistet ist, so scheinen die bisherigen Bearbeiter dieser Lehre doch nicht das gebührende Gewicht darauf gelegt zu haben, daß das über das Wesen solcher Testamente *entscheidende* Moment allein in dem Willen der Testatoren liegt und es daher vor allem Anderen darauf ankommt, für die Interpretation dieses Willens die gehörige Basis zu gewinnen. Man begnügt sich nämlich in der Regel damit, dieß als das Wesentliche in dem Begriffe der correspectiven Testamente vorauszusetzen, daß dieselben nach dem Willen ihrer Errichter nur mit und neben einander von Rechtsbestande sein sollen, und sucht sodann zu ermitteln, wie der auf eine solche Correspectivität gerichtete Wille den vielfach widerstrebenden Regeln des römischen Rechts gegenüber realisirt werden könne. Es ist aber der Wille eines Testators, sein Testament nur mit und neben dem Testamente eines Anderen von Rechtsbestande sein zu lassen, ein so vager, daß die verschiedensten Dispositionsformen fähig sind, denselben als Inhalt aufzunehmen. Der Testator kann die Gültigkeit seines Testaments von dem Rechtsbestande des andern Testaments als von einer Bedingung abhängig machen, und hier weiter entweder die Form der resolutiven oder die der suspensiven Bedingung wählen. Er kann ferner die Erhaltung des von dem Anderen errichteten Testaments diesem als ein fideikommissarisches Onus auflegen, und endlich kann es sein Wille sein, ein solches Fideikommiß mit der conditionellen Disposition in eine cumulative

Verbindung zu bringen. Um aus diesen vagen Möglichkeiten herauszutreten, bedarf die Untersuchung einer concreteren Grundlage. Kann freilich in dieser Richtung die endliche Entscheidung über alle hervorgehobenen Mögichkeiten nur aus der Interpretation der im einzelnen Falle zur Frage stehenden Testamente entnommen werden, so ist dennoch auch die allgemeine Betrachtung im Stande, eine specielle Theorie der correspectiven Testamente als die Natur der Sache zu ermitteln, wenn man nur die Verhältnisse in's Auge faßt, welche den Entschluß zu correspectiver Testamentserrichtung gewöhnlich hervorrufen und diesem Entschlusse einen so bestimmten Charakter einprägen, daß auch das Resultat desselben einen stets wiederkehrenden und damit normalen objektiven Typus annimmt. Es sind in der Regel Ehegatten, welche correspective Testamente errichten, indem sie ihre letztwilligen Dispositionen gleichzeitig dem ganzen materiellen Inhalte nach in eine innere unzertrennliche Einheit bringen. Das Motiv dieser so eigenthümlichen Art gemeinschaftlichen Testirens ist in der ächt ehelichen und insbesondere durch das deutsche eheliche Güterrecht getragenen Anschauung zu suchen, von welcher aus Ehegatten ihr beiderseitiges ursprünglich getrenntes Vermögen als ein dem Einen wie dem Andern gehöriges einiges Sammtgut betrachten. Denn es ist in der That nur eine natürliche Consequenz dieser Anschauung, daß sie, die im Leben ihr gesammtes Vermögen als ein einheitliches zu behandeln gewohnt sind, auch bei ihren auf den Tod berechneten Bestimmungen den Gedanken dieser Einheit festhalten, und demgemäß gemeinschaftlich über das beiderseitige Vermögen als ein Ganzes testiren. Stellt sich nach dem Gesagten die innere materielle Einheit als die wesentliche Eigenthümlichkeit der von Ehegatten errichteten correspectiven Testamente dar, so muß diese Einheit des Inhaltes überhaupt als das Princip bezeichnet werden, von welchem aus die Theorie der in Frage stehenden letztwilligen Dispositionen zu entwickeln ist. Um die Consequenzen vollständig zu erkennen, welche sich aus diesem Principe in Bezug auf das wechselseitige Verhältniß zweier correspectiven Testamente ergeben, bedarf es der specielleren Untersuchung der beiden Fragen:

1) inwiefern derjenige, welcher mit einem Andern correspectiv testirt, den Rechtsbestand seines eigenen Testamentes von dem des andern Testaments abhängig sein lassen will, und

2) inwiefern jeder der beiden testirenden Personen gleichzeitig

den Rechtsbestand des von dem Andern errichteten Testamentes zum Gegenstande der eigenen Disposition macht?

In Betreff der ersteren Frage führt das aufgestellte Princip sogleich dazu, die besonders von Deiter's [1]) vertheidigte Ansicht, nach welcher die correspectiven Testamente eine Suspensivbedingung enthalten sollen, als eine unhaltbare zu verwerfen. Denn wenn die im Verhältniß der Correspectivität stehenden Testamente blos wegen der zwischen ihnen obwaltenden materiellen Einheit in ihrem juristischen Bestande von einander abhängig sind, so muß anerkannt werden, daß nach der Absicht der Testatoren die Correspectivität der Wirksamkeit der beiden Testamente solange kein Hinderniß in den Weg legen soll, als beide rechtsbeständig bleiben. Mit solcher Absicht würde aber die Annahme der negativen Suspensivbedingung: „wenn der Ueberlebende sein Testament nicht ändere" um so offenbarer in Widerspruch stehen, als der Ueberlebende in Folge derselben nach der Strenge des Rechts sein ganzes Leben lang von der Erbschaft ausgeschlossen bleiben und nur durch die künstliche Aushülfe der cautio Muciana die Möglichkeit der Antretung erhalten würde.

Wenn so eben Gewicht darauf gelegt wurde, daß nach der Absicht der Testatoren jedes der correspectiven Testamente so lange rechtlich wirksam sein soll, als das andere von Rechtsbestande bleibt, so geht die Kehrseite dieses Satzes dahin, daß jeder der Testatoren sein Testament vernichtet wissen will, wenn das des Anderen aufgehoben ist. Hier entsteht indeß das Bedenken, ob es auch juristisch zuläßig sei, zwei Testamente in eine gegenseitige Abhängigkeit dieser Art zu bringen. Da jeder das Testament vernichtende Umstand auch auf die Erbeseinsetzung zerstörend wirkt, so scheint die Regel zu widersprechen, daß die einer solchen hinzugefügte Bedingung als nicht geschrieben angesehen werden soll. Trotz des entschieden richtigen Momentes, welches dieser Regel zum Grunde liegt, darf jedoch nicht übersehen werden, daß dieselbe in der angeführten Fassung leicht zu Mißverständnissen führen kann, welche gerade bei der Beurtheilung der in Frage stehenden Testamente die Gefahr irriger Ansichten hervorrufen. Es kann nämlich kein Zweifel darüber obwalten, daß es statthaft ist, die Erbeseinsetzung unter einer Bedingung wieder auf-

1) De dispositionibus hereditariis simultaneis paciciisque Quaestiones tres, Bonn 1837. Qu. I. §. 2. und §. 9.

zuheben, d. h. der heredis institutio eine bedingte exheredatio hinzuzufügen. Wesentlich verschieden davon ist aber der Fall, wenn der Testator die Disposition treffen will, daß der eingesetzte Erbe nach der Erbschaftsantretung unter einer gewissen Bedingung seine Erbenqualität wieder verliere. Dieß ist unmöglich, da jede Erbschaftsantretung perpetuelle Wirkungen hervorbringt, und der Regel des Rechts zufolge die einmal erworbene Erbenqualität nie wieder von der Person losgerissen werden kann, mit welcher sie sich einmal verbunden hat (semel heres semper heres). Vergegenwärtigt man sich nun, daß bei der correspectiven Testamentserrichtung mit der Absicht, die Aufhebung des einen Testamentes auch auf das andere wirken zu lassen, sich gleichfalls die Absicht vereinigt, daß die Erbschaft des zuerst Versterbenden sofort nach dessen Tode dem Ueberlebenden deferirt werde, so ist der Wille desjenigen, welcher mit einem Anderen correspectiv testirt, specieller dahin zu interpretiren, daß er in der Zeit vor der Antretung seiner Erbschaft die von ihm ausgesprochene Erbeseinsetzung, nach der Antretung seiner Erbschaft aber die Wirkungen dieses Erbschaftsantrittes durch die Aufhebung des von dem Anderen errichteten Testamentes mitvernichtet wissen will. Der Realisirung der ersten Bestimmung steht nach dem oben Gesagten kein Hinderniß entgegen, die letztere dagegen scheitert daran, daß die Wirkungen des Erbschaftsantrittes durch den Willen des Testators nicht zu blos temporären herabgedrückt werden können [2]). Als Resultat ergibt sich demnach, daß in der Zeit vor der Erbschaftsantretung jeder Aufhebungsgrund, welcher zunächst nur in Bezug auf das eine Testament zur Existenz kommt, seine Wirkungen auch auf das andere erstreckt, daß dagegen nach der Erbschaftsantretung kein Umstand, welcher die Aufhebung des von dem Ueberlebenden errichteten Testamentes herbeigeführt, auf das Testament des zuerst Verstorbenen mehr vernichtend einwirken kann [3]). Gleichzeitig folgt

2) l. 88. de hered. instit. (28, 5.)

3) Dieser letzte Punkt ist von Mühlenbruch (Fortsetzung der Glück'schen Erläuterung Bd. XXXVIII. S. 241 ff.) richtig gegen Hasse Rhein. Museum Jahrg. 3. S. 270 ff. und S. 551 ff.) anerkannt, während Letzterer mit gänzlicher Ignorirung des Satzes semel heres semper heres meint, die von dem Vorverstorbenen ausgesprochene Erbeseinsetzung werde rückwärts wieder aufgehoben, wenn

gerechtfertigt. Es ist unbedingt zuzugeben, daß das Testament bei uns noch ebenso, wie bei den Römern aus einem einseitigen und widerruflichen Willensakte besteht, und daß der eigentliche Erbvertrag und das Testament als zwei streng geschiedene Geschäfte nebeneinander hergehend blos in dem gemeinsamen Zwecke zusammenkommen. Ganz unabhängig von diesen beiden Sätzen ist aber die Frage: ob es nicht noch neben dem Testamente und neben dem Erbvertrage als ein drittes mögliches Geschäft einen Vertrag gibt, dessen Inhalt allein durch einen Verzicht auf die Testirfreiheit gebildet wird [6]). Daß diesem Vertrage nicht die Unveräußerlichkeit des Rechts, um dessen Verzicht es sich handelt, als ein Hinderniß entgegenstehe, geht unmittelbar aus der Anerkennung der Erbverträge hervor, durch welche man sich wenigstens indirekt seiner Testirfreiheit entäußert. Gegen die Wirksamkeit des in Frage stehenden Verzichtes wäre freilich noch weiter der Einwand denkbar, daß ein Vertrag Niemandem das Recht der Testirfreiheit selbst nehmen, sondern nur eine Obligation auf Nichterrichtung eines Testamentes oder auf Nichtveränderung eines schon errichteten hervorbringen könne. Allein die beschränkte Theorie, derzufolge ein Vertrag nur Obligatio-

6) Auffallender Weise identificiren manche Juristen den Verzicht auf die Testirfreiheit, von welcher im Texte die Rede ist, in der Weise mit einem Erbvertrage, daß sie behaupten, ein Testament werde in einen Erbvertrag verwandelt, wenn der Testator dasselbe nicht zu ändern versprochen habe. So Biener, Opuscula Academ. Vol. II. (Quaest. cap. XL.) S. 185, und theilweise Mühlenbruch a. a. O. S. 211 Not. 62. Das Unrichtige dieser Auffassung liegt darin, daß sich dieselbe mit dem Willen der Contrahenten in Widerspruch setzt, welche keine vertragsmäßige Erbeinsetzung bezwecken, sondern lediglich dem Testamentserben die Unwiderruflichkeit seines testamentarischen Erbrechtes zu verschaffen beabsichtigen. Bei der Prüfung eines auf diesen Zweck gerichteten Vertrages hat aber der Jurist allein danach zu fragen, ob der Inhalt einer solchen Vereinbarung ein rechtlich anerkannter sei. Wollte man in dem Falle einer verneinenden Antwort auf diese Frage den Vertrag doch noch durch jene Auffassung Biener's aufrecht zu erhalten suchen, so würde man dem Geschäfte einen von den Contrahenten nicht beabsichtigten Sinn unterlegen und sich somit einer unerlaubten Conversion schuldig machen.

nen hervorzurufen, im Stande sein soll, darf wohl als eine von der heutigen Wissenschaft überwundene bezeichnet werden. Auch bieten für den in Frage stehenden Fall die Erbverzichte eine sehr nahe liegende Analogie, indem durch dieselben keineswegs blos eine Obligation zur Ausschlagung der Erbschaft bewirkt, sondern die Delation an den Verzichtenden selbst verhindert wird [7]).

Steht es nach dem Bisherigen fest, daß der Verzicht auf die Testirfreiheit gültig zum Gegenstande eines Vertrages gemacht werden kann, so ist es auch weiter unzweifelhaft, daß einem im Testamente Honorirten die Beschränkung seiner Testirfreiheit als fideicommissarisches Onus aufgelegt werden kann, indem dann die Annahme der Bedenkung von Seiten des so Onerirten die Folge hat, daß ihm quasi ex contractu die Testirfreiheit entzogen wird. Was selbst in den neuesten Zeiten in specieller Beziehung auf die correspectiven Testamente zweier Ehegatten gegen die Gültigkeit eines solchen Fideicommisses eingewandt worden ist, trifft nicht die vorstehende Deduction, sondern allein die irrige Auffassung solcher Testamente, welche sich bei Glück [8]) findet und später auch von Mühlenbruch [9]) in Schutz genommen ist. Diese Auffassung geht davon aus, daß bei correspectiven Testamenten ein Universalfideicommiß vorhanden sei, welches beider Ehegatten Vermögen in sich begreife, und daß hier jeder der Testirer zugleich über das Vermögen des Andern disponire. Allein mit Recht hat Hasse [10]) zur Widerlegung dieser Ansicht auf die bekannte Rechtsregel hingewiesen, daß kein Honorirter mit Vermächtnissen belastet werden könne, wofür er nicht eine Deckung oder Entschädigung in der Erbschaft finde, und daß, was darüber hinausgehe, unwirksam angeordnet werde [11]).

Mühlenbruch wendet dagegen nun freilich ein, daß jene Regel bei uns nicht mehr mit der Strenge zur Anwendung gebracht werden könne, wie bei den Römern, weil sie nur aus dem Principe der unbeschränkbaren Testirfreiheit hervorgegangen sei, in unserm heutigen Rechte aber dieß Princip nicht mehr festgehalten werde.

---

7) Beseler a. a. O. II. 2. S. 246 ff.

8) Erläuterung Bd. XXXV. S. 60 ff.

9) a. a. O. S. 258 ff.

10) Rhein. Museum Jahrg. 3. S. 501 ff.

11) §. 1. J. De singul. reb. per. fideic. relict. (2, 24.)

Allein die Prämisse, von welcher Mühlenbruch bei dieser Argumentation ausgeht, ist entschieden unrichtig. Die Regel, daß Niemand mit mehr onerirt werden kann, als womit er honorirt ist, folgt unmittelbar aus dem Begriff des Legates und Fideicommisses, als einer delibatio hereditatis, und macht eben deßwegen im heutigen Rechte auf gleiche Geltung Anspruch, wie im römischen. Sieht man auch nur von dem Falle ab, daß das Onus auf die Herausgabe des ganzen dem Onerirten gehörenden Vermögens gerichtet ist, so zeigt sich, daß unsere Regel weit über die Consequenzen des Princips der Testirfreiheit hinausgeht. Denn wie sollte wohl dadurch die Testirfreiheit beschränkt werden, daß sich jemand durch die Annahme einer letztwilligen Bedenkung verpflichtete, eine höhere Summe, als wie er selbst bekommen, an einen Anderen zu bezahlen! Wenn daher jeder der beiden Ehegatten bei einem correspectiven Testamente die Absicht haben sollte, dem Ueberlebenden die Restitution des diesem gehörigen Vermögens als Onus aufzulegen, so würde ein solches Fideicommiß nur insoweit wirksam sein, als der Onerirte für dasselbe durch die Erbschaft des Verstorbenen und deren Nutzungen gedeckt würde [12]).

Indessen kann auch keineswegs zugegeben werden, daß die Absicht die angegebene sei; jeder von ihnen will vielmehr, wie oben nachgewiesen ist, direkt und unmittelbar, daß das Testament des Ueberlebenden von diesem als ein unwiderrufliches erhalten werde. Die römischen Juristen würden nun freilich nach Ausweis der in der Note 12 angeführten Stellen eine solche Disposition dahin interpretirt haben, daß der Ueberlebende zur Restitution seines Vermögens verpflichtet sein sollte, was sie denn wiederum nur insoweit als wirksam anerkannt haben würden, als der Onerirte durch die Erbschaft des Vorverstorbenen und deren Nutzungen für dieß Fideicommiß entschädigt würde. Allein zu derartigen über den direkten Inhalt der Disposition hinausgehenden Interpretationen entschloßen sich die römischen Juristen nur, weil eben dieser direkte Inhalt nach ihren Ansichten juristisch unstatthaft war, und man eben deßwegen den Willen des Testators wenigstens auf indirektem Wege zu erhalten sich bemühte. Heut zu Tage bedarf es aber nicht mehr eines

12) l. 114. § 6—8. de leg. I. l. 70. §. 2. de leg. II. l. 17. pr. §. 2. u. 3. und l. 74. pr. ad S. C. Trebell. (36, 1).

solchen Umweges, da das Fideicommiß, daß der Ueberlebende sein Testament nicht ändern solle, unmittelbar und direkt realisirt werden kann. Auch bedarf es wohl darüber kaum einer Bemerkung, daß das so aufgefaßte Fideicommiß in keiner Weise mit der vielbesprochenen Regel in Conflikt kommt, nach welcher die Honorirung durch die Onerirung nicht überschritten werden darf. Denn diese ganze Regel bezieht sich begreiflicher Weise nur auf die Fälle, in denen der Inhalt des Fideicommisses, mit dem jemand beschwert ist, in Geld taxirt werden kann, und dadurch die Möglichkeit gegeben ist, den Werth des Onus mit dem der Bedenkung zu vergleichen. Die Testirfreiheit ist aber für denjenigen, welchem sie entzogen werden soll, inästimabel und folglich incompatibel mit dem Gelde, welches der Vorverstorbene dem Ueberlebenden hinterlassen hat [13]).

Die vorstehende Erörterung ergibt auch die richtigen Gesichtspunkte für die Beantwortung der praktisch wichtigen Frage, ob der überlebende Ehegatte zur Antretung der von dem Vorverstorbenen hinterlassenen Erbschaft gezwungen werden kann, wenn er mit dem Universal-Fideicommiß belastet ist, die Erbschaft nach seinem Tode an andere Personen (die beiderseitigen Verwandten) herauszugeben. Es hat sich in der bisherigen Untersuchung herausgestellt, daß jeder der beiden correspectiv testirenden Ehegatten ursprünglich das Recht des freien Widerrufes hat, die Befugniß aber sein Testament zu än-

13) Zur Bestätigung des im Texte Behaupteten dient die Art, in welcher das römische Recht die fideicommissarische Auflage, daß jemand seine Kinder emancipiren solle, behandelte. Die früheren römischen Juristen hielten ein solches Fideicommiß für ungültig, weil ihnen das Recht der patria potestas in seiner Unschätzbarkeit zu hoch erschien, als daß sie die Möglichkeit hätten anerkennen mögen, einem Honorirten die Entäußerung derselben durch fideicommissarische Belastung zur Verbindlichkeit zu machen l. 114. §. 8. de legat. II. (31). In dem späteren römischen Rechte wurde dagegen eine freiere Ansicht herrschend. Nach derselben soll ein Legatar zur Emancipation seiner Kinder extra ordinem angehalten werden, wenn ihm dieselbe von dem Testator auferlegt ist, und er das ihm hinterlassene Legat angenommen hat. Als Grund führt Ulpian für diese neuere Ansicht lediglich den allgemeinen Satz an, daß der Wille der Testatoren nicht umgangen werden dürfe l. 92. de cond. et demonstrat. (35, 1.)

dern in dem Augenblicke verliert, wo er die Erbschaft des Vorverstorbenen antritt. Dieß genügt, um eine verneinende Antwort auf die vorliegende Frage zu rechtfertigen. Damit nämlich der Zwang zur Erbschaftsantretung für den Fiduciar nicht zu einer Iniquität werde, hält das römische Recht für die Anwendung der Vorschriften des S. C. Pegasianum als oberstes Princip fest, daß die Nöthigung zur Antretung dem Genöthigten nie zum Nachtheil gereichen, ihm daher weder Schaden bringen, noch einen Vortheil entziehen darf [14]). Wo daher die Antretung etwas für den Fiduciar Nachtheiliges in ihrem Gefolge hat, wird der Fideicommissar mit seiner auf die hereditatis aditio gerichteten Forderung nicht anders gehört, als wenn er dem zu Zwingenden volle Entschädigung bietet, oder etwa die Remission der Disposition erwirkt, in Folge deren die Antretung nicht ohne einen Nachtheil des Instituirten geschehen kann. Daß das erstere Auskunftsmittel einer Entschädigung hier, wo es sich um den Verlust der Testirfreiheit handelt, nicht anwendbar werden könne, versteht sich von selbst. Daß auch eine Remission unmöglich sei, wird klar, wenn man erwägt, daß durch eine solche ein mit dem Willen des Testators im offenbarsten Widerspruch stehendes Resultat herbeigeführt werden würde. Da demnach die Antretung der Erbschaft für den Ueberlebenden den Verlust der Testirfreiheit zur unausbleiblichen Folge haben würde, und für dieselbe als ein inästimables Recht keine Entschädigung gegeben werden kann, so muß überhaupt in diesem Falle der Zwang verworfen und somit dem Ueberlebenden die freie Wahl zwischen der Antretung und Ausschlagung der Erbschaft gelassen werden [15]).

14) l. 7. pr. l. 11. pr. l. 27. § 15. ad S. C. Trebell. (36, 1.)

15) Uebereinstimmend ist aus freilich unhaltbaren Gründen Bolley, Beitrag zur Lehre von den correspectiven Testamenten der Eheleute. Stuttgart 1846 §. 6.

VII.

Das Pfändungsrecht wegen Schuld nach dem Rügen'schen Landgebrauche.

Von

Felix Delbrück,

Oberlandes-Assessor und Justiz-Amtmann zu Putbus.

Einleitung.

Die Rechtslehrer haben bisher die außergerichtliche Pfändung wegen Schuld im deutschen Privatrechte abgehandelt, theils in der Lehre von den Verträgen unter den Entstehungsgründen des Pfandrechtes, theils bei den dinglichen Rechten als Anhang zur Pfändung wegen Schadens oder als Ausfluß des Rechtes der Gewere, theils unter den außergerichtlichen Mitteln zur Geltendmachung der Rechte in der Eigenschaft einer erlaubten Selbsthülfe.

Wilda in seinem größeren Aufsatze über das Pfändungsrecht [1]) verfolgt den letzteren Gesichtspunkt näher, und geht in seiner Darstellung von dem alten gerichtlichen Pfändungsrechte aus, wobei er neben der Friedloslegung, als einer Exekution gegen die Person, die Pfändung als eine Exekution in die Güter des Schuldners bezeichnet, und darunter nicht blos die durch den Richter vollstreckte, sondern auch die von den Partheien selbst nach zuvor eingeholter gerichtlicher Erlaubniß ausgeführte Pfändung begreift. Hienächst weist er unter Berufung auf das longobardische und westgothländische Recht nach, daß auch eine außergerichtliche Pfändung ohne eine Erlaubniß des Richters nach altgermanischem Rechte keine unerlaubte und strafbare Handlung gewesen sei. Er stellt also von vorne herein beide Pfändungen, die gerichtliche und die außergerichtliche, neben einan-

---

1) Zeitschrift Bd. I. S. 167 ff.

der, und lehnt die letztere an jene Unterart der gerichtlichen an, wo der Gläubiger selbst pfändet.

Der wechselnden Reichsgesetzgebung des 13. 14. und 15. Jahrhunderts folgend, nimmt er sodann an, daß sich das Pfändungsrecht trotz der ergangenen Verbote hie und da thatsächlich erhalten und von Zeit zu Zeit wiederum, wenn auch beschränkt, geltend gemacht habe, und weist endlich nach, daß das Pfändungsrecht wegen Zinsen als ein Ueberbleibsel jener älteren allgemeinen Pfändung wegen Schuld zu betrachten sei, dessen Begründung aus dem Rechte der Gewere zurückweisend.

Das neueste System des deutschen Privatrechts endlich handelt von der außergerichtlichen Pfändung um Schuld in dem Abschnitte von Sicherung der Rechte, und bezeichnet sie im Gegensatze gegen die Pfändung als Sicherungsmittel, als ein Exekutionsmittel [2]). Nach dem Allem stellt sich uns das Pfändungsrecht wegen Schuld als eine Selbstexekution des Gläubigers in dem Sinne einer neben der gerichtlichen Pfändung zugelassenen Selbsthülfe dar. — Blicken wir nunmehr auf das Bild, welches der Rügen'sche Landgebrauch davon entwirft, so wird sich zeigen, daß einerseits die früheren, zum Theil nur auf Schlußfolgerungen gebauten Forschungen darin direkte Bestätigung finden, daß aber andererseits noch darüber hinausgegangen und eine neue Anschauung gewonnen werden kann.

Da tritt uns zuerst und vor allem die allgemeine Zulassung der Pfändung für alle und jede Schuld ohne irgend eine Beschränkung, einschließlich der durch richterliche Entscheidung festgestellten Forderungen, und daneben der Mangel einer gerichtlichen Pfändung selbst für jene gerichtlich zuerkannten Ansprüche als bezeichnend entgegen. Denn wir haben danach die Pfändung nicht blos als eine Selbstexekution des Gläubigers, gestattet für diesen und jenen Fall, zu bezeichnen, wir erkennen in ihr vielmehr die Selbstexekution des Gläubigers als Regel aller Hülfsvollstreckung. Dadurch wird sie von einem als Ausnahme dastehenden Rechtsinstitute zu einem wesentlichen Bestandtheile des bürgerlichen Verfahrens erhoben. Diese ihre Eigenschaft findet darin noch eine weitere Ausprägung, daß sie in der Pfändung um einen Fortgang sich zugleich als executio ad faciendum darstellt und daß sie ausgeübt wird nicht blos an fah-

2) Beseler, System §. 55.

render Habe, sondern auch an Korn auf dem Felde und an Grundstücken, daß genaue Vorschriften gegeben sind über die Art und den Grad der anzuwendenden Gewalt und über den Ort und die Zeit ihrer Ausübung, und ganz besonders darin, daß sie mit dem Aufbieten der Pfänder vor dem ordentlichen Richter des Gepfändeten und mit dem diesem letzteren gestatteten zu Rechte Rufen vor demselben Richter nebst den dafür vorgeschriebenen Formen und den daran geknüpften Folgen in einen fest geordneten Gang Rechtens eintritt, und diesen festhält auch bei der Veräußerung der Pfänder, früher wie es scheint allgemein, später wenigstens für Grundstücke.

Daneben finden wir sie auf das engste verwachsen mit dem gesammten bürgerlichen Rechte, besonders mit der Lehre von der Bürgschaft, so daß diese gar nicht verstanden werden kann ohne Kenntniß der Lehre von der Pfändung und umgekehrt; was sich für die Stellung des Bürgen sowohl dem Gläubiger, als dem Hauptschuldner gegenüber sehr bestimmt geltend macht. Die Bürgschaft sodann in dem Institute des Rechtsbürgen mit seinem Abbilde, der Pfandbürgschaft und der Bürgschaft für das zu Rechte Rufen, zeigt ein auch sonst hervortretendes Gleich- und Nebeneinanderstehen des ordentlichen Rechtsweges einerseits und der Pfändung andererseits, welche letztere gleich jenem nicht bedingt wird durch eine vorausgegangene Mahnung.

Der Charakter der Selbsthülfe endlich ist unverkennbar ausgeprägt darin, daß die Pfändung der Regel nach so wenig eine Anzeige beim Gericht als eine richterliche Erlaubniß zur Voraussetzung hat, die wenigen Ausnahmen von dieser Regel aber ganz anderen Einflüssen als etwa der Absicht, das Pfändungsrecht einzuschränken, ihr Dasein verdanken, daß der Pfänder selbst die Abpfändung vornimmt und auch da, wo er den Landreiter zuzieht, als der eigentlich Handelnde, dieser aber nun als sein Gehülfe erscheint, daß er es ist, welcher die aufgebotenen Pfandstücke in Aufbewahrung hält, und welcher dem Gepfändeten den Wiederkauf ansagt, sowie daß überhaupt die ganze Dazwischenkunft des Gerichts — mit alleiniger Ausnahme des Falles der zu Rechte-Rufung — nur die Bedeutung einer Beglaubigung und einer allgemeinen Ueberwachung der äußeren Rechtmäßigkeit des Verfahrens hat. Nehmen wir noch hinzu, daß die Pfändung wegen Schadens der Hauptsache nach denselben Re-

geln folgt, wie die Pfändung wegen Schuld, nirgends aber auch nur eine Spur von einem Anlehnen an das Recht der Gewere oder auch nur von einer Bevorzugung des Grundbesitzers als Pfänders sich findet, indem das Abweichende, welches die Pfändung des Untersassen durch seinen Herren hat, auch für andere bevorzugte Forderungen gilt; so dürfen wir gewiß recht eigentlich und im ausgezeichneten Sinne sagen, daß uns der Rügen'sche Landgebrauch in der Lehre von der Pfändung die Selbsthülfe als Rechtsinstitut zeigt [3]). Sie erscheint als das regelmäßige und alleinige Mittel zur Hülfsvollstreckung in den Gütern des Schuldners. — In wie weit können wir nun diese Ergebnisse für eine allgemeine Betrachtung des deutschen Pfändungsrechtes überhaupt benutzen?

Die Beantwortung dieser Frage wird abhängen von der Bedeutung, welche wir dem Rügen'schen Rechte für eine tiefere Erforschung des Geistes gemeindeutschen Rechtslebens beilegen wollen und dürfen. In dieser Beziehung ist bereits im Eingange der Abhandlung unter anderm darauf hingewiesen, daß die geschichtliche Thatsache der — wenn auch verkümmerten — Fortdauer altdeutschen Wesens während der Wendenherrschaft und des Wiederauflebens dieser Ueberreste der Urzeit beim Vordringen der deutschen Einwanderung auch ein Mitwirken dieses einheimischen Deutschthums für die Aus- und Fortbildung des Rügen'schen Rechtes setzen würde. Und wenn auch eine Vermuthung dieser Art in ihrer Allgemeinheit gewiß noch einer näheren rechtsgeschichtlichen Begründung bedürfen wird, so kann man sich doch gerade für das Pfändungsrecht eines Eindruckes hoher Wahrscheinlichkeit derselben nicht erwehren. Das Pfändungsrecht, schon bei den Franken sehr eingeengt und in Folge davon auch bei den Sachsen fast zerstört, so daß der Sachsenspiegel nur spärliche Andeutungen gutsherrlicher Pfändung enthält, danächst durch die Reichsgesetzgebung mannigfach verfolgt, — das sollte in der beschriebenen sicheren undurchbrochenen Form und festen Abgeschlossenheit durch deutsche Einwanderer nach Rügen verpflanzt sein? Oder kann man annehmen, daß es sich im 14. und 15. Jahrhundert partikularrechtlich in solcher Abrundung noch nachträglich sollte ausgebildet haben? Mag auch die abgesonderte Lage des Küsten- und Insellandes mit zur Hülfe genommen werden, um den Mangel äl-

3) Vgl. Wilda S. 192. 193.

terer reichsgesetzlicher Einwirkung zu erklären, die Uebersiedelung des Pfändungsrechtes würde immer nur in der verstümmelten Gestalt des Sachsenspiegels und überhaupt des 12. und 13. Jahrhunderts haben erfolgen können, jener Nachsommer aber, den das Pfändungsrecht in der Pfändungsklausel und in der Zulassung für kundliche redliche Schuld erlebt hat, er konnte unmöglich solche Triebkraft haben, daß unsere freie Pfändung so nach allen Seiten hin in das Rügen'sche Recht hätte einwurzeln können.

Von dem dänischen und schwerinschen Rechte aber müßte doch erst nachgewiesen werden, daß sie selbst eine so kräftige Pfändungslehre besessen. Für das altdeutsche Recht dagegen darf seit Wilda's Forschungen eine allgemeinere Anwendung der außergerichtlichen Pfändung wegen Schuld als feststehend betrachtet werden.

So bezeichnen wir denn das Pfändungsrecht des Rügen'schen Landgebrauches unbedenklich als ein auf altdeutscher Grundlage beruhendes, und machen mit gutem Gewissen davon Anwendung für eine allgemeine Betrachtung der Pfändungslehre.

Im Hinblick nun auf unseren wahrlich deutlich genug redenden Landgebrauch erwäge man, daß eine eigentlich gerichtliche d. h. durch den Richter vollstreckte Pfändung zuerst bei den mit den Römern schon früh in Verkehr getretenen Franken vorkommt, dabei aber doch immer für solche Schuld, die dem Gläubiger nicht bereits gerichtlich zuerkannt war, und die sich nicht auf gerichtliches Gelöbniß gründete, die Vollstreckung auf Gefahr des Gläubigers erfolgte, und daß dagegen die außergerichtliche Pfändung bei den nach dem Süden ausgewanderten deutschen Stämmen, die bis dahin weniger vom römischen Einflusse berührt gewesen waren, ziemlich rein hervortritt — und man wird nicht anstehen, die außergerichtliche Pfändung als das Ursprüngliche und eigentlich Maßgebende der ganzen Lehre zu betrachten und die gerichtliche Pfändung auf die außergerichtliche zurückzuführen und aus dieser zu erklären, die letztere selbst aber in dem oben beschriebenen Sinne eines auf Selbsthülfe gegründeten Proceß-Institutes aufzufassen.

Wahrlich in einem gerichtlichen Verfahren, wie das altdeutsche, welches noch in einem weit höheren Grade das Schicksal des Rechtsstreites in die Hände der Partheien selbst legte, als unser Verhandlungsgrundsatz es thut; welches hauptsächlich nur den Beruf hatte, den Frieden zu bewahren, in welchem das feierliche Wort der ein-

zelnen Parthei schon ohne weiteres den Ausschlag geben, und ein Zweikampf entscheidend sein konnte, da darf man sich nicht wundern, daß auch die Vollstreckung dem selbstständigen Einschreiten des Gläubigers anheimfiel und daß er diese, wo ihm die Entscheidung nicht zweifelhaft erschien, ausführte, selbst ohne zuvor den Richter angegangen zu haben.

Und diese Selbsthülfe, wird man fragen, so eng zusammenhängend mit dem gesammten sonstigen staatlichen Bildungsstande jener Zeit, namentlich mit der Idee der Rache, so fest gefügt in das längst verfallene Gebäude des altdeutschen Gerichtswesens, und darum nur eben in dieser Umgebung haltbar, die soll wiederbelebt, soll dem Stamme des heutigen Staats und Gerichtswesens aufgepfropft werden?

Das wäre freilich in dieser Nacktheit so ungeschichtlich als möglich. Wohl aber verdient, wie überhaupt bei der ganzen Erforschung des älteren deutschen Rechts, so auch hier die Frage, ob nicht den Bedürfnissen der Gegenwart gerade durch ein Schöpfen aus dem lange verachteten Borne deutscher Rechtsanschauungen, versteht sich unter Beachtung der veränderten Sachlage, Befriedigung gewährt werden könne, eine ernste und nicht zurückzuweisende Erwägung. In diesem Sinne, gestützt auf den Satz, daß die Selbsterekution des Gläubigers für die gesammte Lehre von der deutschen Pfändung, ebenso der gerichtlichen als der außergerichtlichen, den Schlüssel und Schlußstein bildet, werden die folgenden Betrachtungen den Vorwurf eines unberechtigten Zurückgreifens in ein abgestorbenes Rechtsgebiet ablehnen dürfen:

1) Man hat in Preußen das Untersuchungs-Princip aufgegeben, und so den Richter von der Pflicht der Bevormundung der Partheien befreit; man ist überhaupt in Deutschland bestrebt, dem Richteramte ungeeignete Nebenpflichten, namentlich betreffs der Wahrnehmung der Einzel-Interessen der streitenden Theile, abzunehmen. Damit verträgt es sich offenbar schlecht, daß die Verantwortung für die Vollstreckung, mithin für den Theil des Verfahrens, bei dem es ganz besonders darauf ankömmt, den Vortheil der einen Parthei einseitig wahrzunehmen, den Richter fast allein trifft. Er soll namentlich die zur Abpfändung geeigneten Sachen aussuchen, aufbewahren und verkaufen, höchstens daß der Exekutionssucher auf diesen oder jenen Punkt aufmerksam macht; und doch soll er zugleich die Rechte

des Gegners mit schützen (daß der Richter dieß Alles zum Theil durch seinen Diener thut, ist für unsere Betrachtung gleichgültig). Es liegt in der Natur der Sache, daß ihm seine Aufgabe selten so gelingt, wie es der Berechtigte erwartet und gewünscht hat, und daß er dennoch von dem Schuldner der Härte beschuldigt wird. So wird durch einen jämmerlichen Ausgang der Hülfsvollstreckung der Arm der Gerechtigkeit, mag das voraufgegangene Verfahren noch so trefflich geleitet, der Rechtsspruch noch so wohl begründet gewesen sein, nicht selten gelähmt und ihre Würde, man muß es sich gestehen, wesentlich beeinträchtigt. Dem aber läßt sich nicht anders abhelfen, als durch völliges Abschütteln jener ungeeigneten Last von den Schultern des Richters, durch Wiederaufnahme des alten Grundsatzes, daß der Gläubiger selbst es ist, welcher sich Befriedigung zu suchen und zu nehmen hat. Er selbst hat es sich dann zuzuschreiben, wenn nicht die geeigneten Wege zur Erreichung seiner Zwecke eingeschlagen werden.

2) Dem rein privaten Handeln, der Eigenmacht des Gläubigers kann das freilich nicht überlassen bleiben. Das würde die Grenzen der heutigen Einzelfreiheit gegenüber den Rechten des Staates weit überschreiten. Man wird aber unbeschadet der letzteren die Mitwirkung der staatlichen Gewalt auf das alte Beglaubigen und die allgemeine Ueberwachung der äußeren Rechtmäßigkeit des Verfahrens beschränken dürfen und, wenn dem Bedürfnisse zu 1. wirklich Genüge geschehen soll, beschränken müssen. Nur freilich wird dieß gleich für das ganze Vollstreckungs-Verfahren, namentlich schon für die Pfändung selbst, von vorne herein geschehen müssen. Dabei begegnen wir denn wiederum einem mehrfach angeregten Zeitbedürfnisse, dem der völligen Trennung des Amtes der Hülfsvollstreckung von dem Richterberufe: es muß jene Beglaubigung und Ueberwachung besonderen Behörden, die man Pfändungsämter nennen mag, übertragen werden, und nur die Entscheidung über sich ergebende Streitpunkte dem Richter vorbehalten bleiben, zu welchem Ende die betheiligte Parthei das richterliche Einschreiten anrufen, — zu Rechte rufen — mag.

3) Es ist ein wahrer Ballast der Gerichts-Registraturen: diese Masse der blos anhängig gewordenen, aber niemals streitig gewesenen Sachen, der durch Agnitions-Resolutionen und Kontumacial-Erkenntnisse oder einfache Frist-Vergleiche beendigten sogenannten

Processe. Und die Partheien, welche unnöthige Kosten müssen sie aufwenden, ohne daß je ein Streit zwischen ihnen gewesen ist, blos damit die Sache zur Exekution gedeihen könne? Inzwischen hat der unredliche Schuldner überflüssige Zeit gehabt, die Gegenstände der Befriedigung des Gläubigers auf die Seite zu schaffen, simulirte Veräußerungs-Verträge und dergleichen abzuschließen; ja mancher sonst vielleicht ehrliche Mann widersteht der Versuchung nicht, die in jener langen Befristung liegt, zu ähnlichen Manövern zu greifen, oder er läßt sich durch den Verdruß über die verursachten Kosten wenigstens reizen, dem Gegner Schwierigkeiten anderer Art zu bereiten.

Für die bei weitem größere Mehrzahl dieser Fälle könnte wahrlich jenen Uebelständen durch die sofortige Zulassung der Pfändung abgeholfen werden, ohne daß dabei die Rechte des Schuldners irgend verletzt würden. Die Mandats- und Exekutiv-Processe, die meisten Klagen der Kaufleute und anderer, einen einfachen und regelmäßigen Geschäfts-Verkehr treibenden, Gewerbsleute könnten so vermieden und der sofortigen Pfändung überwiesen werden.

4) Bei einem solchergestalt gehörig geordneten Pfändungswesen der Vollstreckung noch einen Zahlungsbefehl voraufgehen zu lassen, würde nicht erforderlich sein, in mehrfacher Beziehung vielmehr zumal bei bösen Schuldnern die wohlthätigen Folgen der ganzen Einrichtung wiederum vereiteln. Nur in den Fällen, wo richterliche Entscheidung nicht stattgefunden hat, mag eine Mahnung Seitens des Gläubigers durch die Hand der Pfändungsbehörde erfolgen und die Stelle des bisherigen Mandates beziehungsweise der sonstigen gerichtlichen Ladung vertreten. Die dabei gestellte Frist würde der Schuldner zugleich zur Vorbringung seiner Einwendungen oder doch wenigstens zur Anzeige, ob er Einwendungen habe, bei Strafe des Ausschlusses zu benutzen haben, und so das darauf folgende Pfändungsverfahren selbst dem für erkannte Schuld völlig gleichgestellt werden.

Die Härte, die in dem Wegfallen der Zahlungsfristen liegt, würde sich durch das auf eine angemessene Frist herabzusetzende gemeinrechtliche Wiedereinlösungsrecht (den Wiederkauf), sowie durch die dem Schuldner einzuräumende, nicht zu eng zu begrenzende Befugniß, die wirkliche Wegführung der abgepfändeten Sachen aus seinem Besitze bis zum Ablaufe dieser Frist gegen Sicherheitsbestellung abzuwenden, wiederum ausgleichen lassen. Jedenfalls trifft auch

diese Strenge mit dem Begehren der Gegenwart, dem persönlichen Credit durch ein beschleunigtes und strenges Schuldverfahren (Wechselrecht!) eine Grundlage zu geben, durchaus zusammen, und so kömmt sie dem Schuldner, der morgen vielleicht gegen einen dritten als Gläubiger auftritt, selbst wiederum zustatten.

Für eine allgemeine Anregung mögen diese vorläufigen Betrachtungen genügen. Käme es darauf an, in einem bestimmten deutschen Lande für eine Reform des Vollstreckungs-Wesens Anwendung davon zu machen, dann würde freilich weiter in's Einzelne gegangen, und es würden namentlich die Fragen, wie jene Pfändungsämter zu besetzen und gegen die Gerichte zu stellen, auch wie der nothwendige Verkauf von Grundstücken, die Beschlagnahme und Einziehung von Forderungen des Schuldners für Rechnung des Gläubigers, das Angreifen der Person des Schuldners durch dieselben zu bewerkstelligen und besonders, welche Pflichten ihnen für Fälle, wo es einer Concurseröffnung von Amtswegen bedarf, aufzulegen sein würden, und dergleichen einer näheren Erörterung unterworfen werden müssen. Gewiß das Alles ließe sich einer derartigen Reform ohne Schwierigkeit einreihen, und wir hätten neben einer gründlichen Verbesserung unseres Gerichtswesens zugleich eine nationale Einrichtung mehr erreicht.

Der Rügen'sche Landgebrauch ist durch den Landvogt Matthäus von Normann etwa um das Jahr 1531 verfaßt, um das einheimische Recht den eingerissenen Verwirrungen gegenüber zu befestigen und gegen die Einwirkungen der ausländischen Rechtsgelehrten, welche der Herzog Bogislav X. in's Land gezogen hatte, zu schützen. Er führt sehr mit Unrecht den Namen Wendisch-Rügianischer, sofern man danach in ihm Wendische Rechtsgewohnheiten würde suchen wollen. Er ist vielmehr eine Aufzeichnung desjenigen deutschen Rechtes, welches nach der zu Ende des 12. und im 13. Jahrhundert erfolgten Einwanderung der sächsischen Ansiedler im Lande der vormaligen Wenden, im Gegensatze gegen das Dänische und Schwerinische Recht, als ein heimisches gegolten hat. Dieß hat Homeyer bereits im Jahre 1821 in seiner Dissertation: Historiae juris Pomeranici capita quaedam auf das vollständigste nachgewiesen. Er hat dabei zugleich den Landgebrauch als eine ergiebige

Quelle, nicht blos für das Pommer'sche, sondern auch für das deutsche Recht überhaupt bezeichnet (S. 71. 72). Dessenungeachtet ist derselbe bisher nur spärlich benutzt; selbst Grimm in den Rechtsalterthümern hat sich nur selten darauf bezogen. Fast scheint es, daß man ihm noch immer nicht recht hat trauen, und das auf Wendischen Boden verpflanzte Recht nicht für voll hat ansehen mögen.

Wäre das der Grund jenes Mangels an Berücksichtigung, dann würde der Landgebrauch bei der veränderten Anschauung, die sich neuerdings über das Verhältniß des Wendenthums zum eindringenden deutschen Leben in Pommern festgesetzt hat, gegenwärtig einen neuen Anspruch auf Theilnahme erheben dürfen. Zuvörderst nämlich zweifelt man jetzt nicht mehr daran, daß die Pommernschen Küstenländer eine deutsche Urzeit gehabt haben [4]).

Und wir greifen wohl nicht fehl, wenn wir gerade die alten Rugier auf unsere Insel und die nächstbelegenen Küstenländer versetzen, lassen es doch gründliche Forschungen kaum mehr als zweifelhaft erscheinen, daß eben jene Rugier oder Ruger es sind, welche dem Lande seinen Namen gegeben haben [5]).

Sodann aber wird man schwerlich noch darauf bestehen wollen, daß, sei es nun schon vor oder erst mit der Einwanderung der Wenden, die deutschen Urbewohner völlig von der Pommerschen Erde verschwunden oder vertilgt worden seien. Vielmehr wird man Forschern, wie E. M. Arndt, welche das Gegentheil behaupten, schon von vorne herein das Zeugniß innerer Wahrscheinlichkeit ihrer Ansicht nicht vorenthalten können. Arndt nämlich spricht seine Meinung über dieses Verhältniß im Allgemeinen auch für andere in ähnlicher Lage befindliche deutsche Länder dahin aus, daß beim Abzuge der deutschen Völkerschaften aus den danächst Wendischen Ländern viele von den Deutschen: Weiber, Kinder, Alte, wehrlose Hörige, dort sitzen geblieben und in 5 bis 6 Jahrhunderten zwar sehr wendisirt worden seien, daß aber später die verhüllten und überwachsenen

---

4) Vergl. die Zusammenstellung der darüber vorhandenen Nachrichten in Barthold's Geschichte von Rügen und Pommern Thl. 1. S. 90 ff.

5) Vgl. Carl Gustav Fabricius, Urkunden zur Geschichte des Fürstenthums Rügen unter den eingebornen Fürsten Bd. I. S. 2. 5. 65. 69.

Keime ihre frühere Geisteslust wieder gefühlt haben, wieder deutsch aufgegangen seien, und gegrünt, auch das meiste Wendische bald überwachsen und ausgelöscht haben [6]).

Schon früher hatte, in besonderer Beziehung auf unser Rügen mit den anliegenden Küsten, Fabricius diesen Gang der Sache durch ein genaues Eingehen in das Einzelne auf das überzeugendste nachgewiesen [7]).

Müssen wir aber dieß Alles einräumen, dann wird auch das für möglich, ja wahrscheinlich gehalten werden dürfen, daß mit dem Wiederaufleben des alten Deutschthums überhaupt auch die Ueberbleibsel des altheimischen Rechtes sich neue Geltung verschafft, und mit dem meistverwandten Rechte der deutschen Einwanderer vermischt haben, eine Annahme, die es dann erst recht erklärlich machen würde, daß und wie ein Gegensatz zwischen dem Dänischen und Schwerin'schen Rechte als fremden Rechten einerseits und dem doch gleichfalls von außen gekommenen Rechte der sächsischen Ansiedler als dem einheimischen andererseits sich hat bilden können: das letztere galt in und mit jenen Resten des altdeutschen Rechtes für alt herkömmlich. — Mag dem nun sein wie ihm wolle, Beachtung verdient unser Landgebrauch als reichlich fließende und durch römische Einflüsse wenig getrübte Quelle deutschen Rechts jedenfalls. Zu denjenigen Materien aber, die darin eine sehr ausführliche Behandlung erfahren haben, gehört vor Allem, wie auch schon Homeyer bemerkt hat, das Pfändungsrecht wegen Schuld, weßhalb im Nachfolgenden eine genaue Darstellung desselben gegeben werden mag.

Diese wird sich zweckmäßig dahin spalten, daß folgende Fragen nach einander besonders beleuchtet werden:

I. In welchen Fällen findet Pfändung Statt?

II. Wie wird sie ausgeübt, und

III. Wie wird nach vollzogener Pfändung weiter verfahren, und was hat die Pfändung für rechtliche Folgen?

Zunächst also die Frage:

---

6) Vgl. die Abhandlung: „die Persönlichkeit oder das Gepräge eines Volkes, was man wohl Charakter zu nennen pflegt, vorzüglich in Beziehung auf das deutsche Volk" in der deutschen Vierteljahrsschrift 1847, Heft 1.

7) Vgl. das obige Werk a. a. O. und Thl. II. S. 69 ff. 72.

I.

In welchen Fällen findet Pfändung statt?

Vorschriften über besondere Eigenschaften für die der Pfändung unterliegenden Forderungen finden sich im Rügenschen Land-Gebrauche nicht. Namentlich wird auch die Pfändung nicht auf kundliche redliche Schuld beschränkt. Wir stellen daher den Satz, daß nach dem Rügenschen Landrechte Pfändung wegen aller und jeder Schuld zulässig war, wenn gleich er in dieser Allgemeinheit sich nicht ausdrücklich ausgesprochen findet, voran; verweisen aber für die Fälle, wo wegen eines unbegründeten Anspruches gepfändet worden, auf den IIIten Theil der Abhandlung, woselbst näher angegeben wird, daß und wie dem Zwecke jener reichsgesetzlichen Beschränkungen, einem Mißbrauche des Pfändungsrechtes vorzubeugen, von anderer Seite her gleichfalls Genüge geleistet wurde. Im Einzelnen ist sodann Folgendes zu bemerken:

1) Voraufgegangene Mahnung [8]) des Schuldners ist nach dem Landgebrauche keine Bedingung der Pfändung. Nicht nur, daß unser sonst so sehr in's Einzelne gehender Verfasser einer Nothwendigkeit der Mahnung nicht erwähnt, auch ihre Unterlassung nicht unter den Gründen, weßhalb Pfänder zu Rechte gerufen werden konnten (s. unten III 5 c.) gedenkt: so finden wir mehrfach Pfänden und den Schuldner zu Recht fordern als zwei gleichmäßig offenstehende, zur Befriedigung des Gläubigers führende Wege bezeichnet. Tit. 75. §§. 1. 2. 148 §§. 1. 2. 191 §§. 38. 39 [9]). Insbesondere wird es dem Kirchherren zwar für den Fall, daß er seine Kirchspielsleute um Zehnten und sonstige Kirchenabgaben vor das Landgericht laden lassen will, zur Pflicht gemacht, zuvor den Weg der Güte zu versuchen (wahrscheinlich in Rücksicht auf die damit für den Schuldner verknüpften Umstände und Kosten und die unten (siehe Nro. 5) zu erwähnende eigenthümliche Scheu vor dem Rechts-

8) Der Ausdruck Mahnen wird vielfach für das Beschreiten des Rechtsweges gebraucht.

9) Der Land-Gebrauch ist zwar nur in Titel abgetheilt. Diese selbst aber bestehen aus einzelnen getrennt gedruckten kleineren Sätzen, welche der Kürze halber als Paragraphen nach Nummern citirt werden sollen, wiewohl ihnen in der That keine Zahlen vorgedruckt sind.

wege), rücksichtlich der ihm zunächst zustehenden Pfändung, dagegen ist ein Gleiches nicht verordnet. Tit. 15. §§. 7. 8. Beweises genug, daß das allgemeine Gleichstellen der Pfändung mit der gerichtlichen Klage, für welche letztere der Landgebrauch ein vorausgegangenes Mahnen nicht erfordert, gerade auch einen Schluß auf den oben aufgestellten verneinenden Satz zuläßt.

2) In einigen Fällen war Erlaubniß, beziehungsweise Beihülfe des Gerichts nachzusuchen, ohne daß jedoch darum die Pfändung den Character einer selbstständig und kraft eigener Machtvollkommenheit des Pfänders vorgenommenen Handlung verlor. Diese Fälle sind folgende:

a) Die Kirchherren, Geistlichen und Küster durften „in de Wedemen" ohne vorhergehende Erlaubniß des Landvoigtes oder des Kirchherren nicht gepfändet werden. Tit. 15. §. 12., eine Vorschrift, welche durch den vorhergehenden §. 10 hinlänglich erläutert wird:

> In allen Kerken, up allen Kerckhoven und Wedemhoven iß Fürstlick Gleide, alß dat men mit Gewaldt dar nemans ohne Verloeff des Kerkheren, edder sines Staedtholders .... moth uthhalen, averweldigen, edder etwas ahne Vorloeff uthhalen; ......

sie weißt sich darnach als eine mit der Natur des Pfändungsrechtes nicht in Verbindung stehende unzweideutig aus.

b) Bei Pfändungen um Kirchenzehnten und sonstigen Kirchen-Abgaben wendet sich der Kirchherr an den Landvoigt und dieser ist ihm dazu Hülfe schuldig, indem er dem Landreiter gebietet, um sein gewöhnliches Pfandgeld zu pfänden. Tit. 15. §. 7. und 74. §. 17.

Die ganze Vorschrift zielt offenbar nur auf den Vortheil des Kirchherren ab, wie schon daraus hervorgeht, daß die angezogenen Stellen gleichzeitig des Vorzuges der kürzeren Wiederkaufsfrist (III. 3.) und beziehungsweise der Pfändung des Zinsmannes des Schuldners für diesen (unten 2. a.) Erwähnung thun, und es ist die Frage, ob der Pfändende verpflichtet und nicht vielmehr blos berechtigt war, den Landvoigt anzugehen. Jedenfalls erscheint der Landreiter lediglich als Gehülfe des Pfändenden, nicht als Vollstrecker einer gerichtlichen Maßregel. Es ergibt sich dieß aus Tit. 200 vom Pfandgelde. Dort wird im §. 1 für den Fall unserer

Pfändung das dem Landreiter gebührende Pfandgeld bestimmt, mit dem Zusatze:

wo he (de Pandede:) anders dem Pander schuldig iß, ...

Worte, welche einmal darthun, daß keine gerichtliche Prüfung des Anspruches des Kirchherren stattgefunden hat, und sodann daß der Kirchherr als Pfänder betrachtet wird. Ferner heißt es daselbst im §. 3:

Umb alle andere Schuldt Pandinge, wor neen beständig Willkühr iß, dar iß neen Pandtgelt vom Debitore tho fürderende, de Creditorn overst möten vaken (oft) de en panden helpen Drankgelt geven.

Durch die Bezugnahme auf die gewöhnliche Pfändung um Schuld, sofern diese der hier in Rede stehenden Pfändung nur rücksichtlich der Beschaffenheit der Forderung entgegengesetzt wird, und durch die Ausdrücke „Helfen" und „Trinkgeld" wird die Stellung jener Begleiter des Pfändenden als bloßen Gehülfen sehr bestimmt bezeichnet.

Vergl. hiezu auch Tit. 140. §. 1.

.... dat he möge sampt sinen Hülpern so lange panden ....

Wir haben also auch hier keine eigentlich gerichtliche Pfändung.

c) Ein Bauer durfte der Regel nach nicht ohne Erlaubniß seiner Herrschaft gepfändet werden. Tit. 191. §§. 1. 26. und 75 §. 1.

Diese Erlaubniß hat aber nicht die Eigenschaft einer gerichtlichen Ermächtigung zum Pfänden; sie ist vielmehr lediglich dem allgemeinen Satze entsprungen, daß

alle Willköhr der Buhren buten edder binnen Gerichtes, daran sins Herrn Gerechtigkeit, würde krenket, schwecket, edder vorletzet undt sin Herren nicht hefft, inne vorwilliget, ...

ungültig war. Tit. 103. §. 3.

Dieß zeigt sich unverkennbar darin, daß selbst ein Vergleich des Bauern mit seinem Gläubiger, demselben unter Verzichtleistung auf das Ausbieten und den Wiederkauf (siehe unten III. 2. 3.) Pfänder überreichen zu wollen,

(verfolgende Pande, de mit allem Rechte schall verfolget und vorstahn sin ..... tho verantworden)

ohne Genehmigung des Herrn für unverbindlich erklärt,

(de Buhre ist dem Pander des eine Wehre tho wesende nicht schuldig)

und als straffällig bezeichnet wird. Tit. 103. §. 3. und 191. §§. 29. 30.

Bei der Pfändung um einige — auch sonst — bevorzugte Forderungen jedoch: Pacht, Weddeschatt, Landschatt, Bischopskorn, Teinden und alle Kerkengerechtigkeit, gare Kost — (d. i. Wandgelt, Holtgelt, Schmedelohn, Schniederlohn, Schogelt, Bier, Kost in den Herbergen. Tit. 39. §. 5. Anm:) Bröcke und Herdelohn ..., ist jene Erlaubniß nicht erforderlich, desgleichen um „witlike Schuld" wenn Bürgen dafür haften. Tit. 191. §§ 1. und 26, 138. §. 6. (vergl. mit 40. §. 2.) 75. §. 1.

(witlik scheint soviel als bekannt, etwas warum man weiß, zu bedeuten; es kömmt auch vor: witlik Geld (33. §. 6.) und „vorwitlik" in einem Zusammenhange, wo es unbekannt heißen kann (..... eine vorwitlike und unerbare Sacke Tit. 137. §. 3. ...) —

sowie bei der Pfändung um „Kost und Teringe, de im Gerichte iß erkant odder verberget". Tit. 219. §. 6.

Auch gilt sie als ein für allemal ertheilt, wenn der Bauer mit Bewilligung seines Herren seinen Hof, Erbe oder Kathen um Geld verpfändet und der Herr dem Gläubiger darauf einen Brief gegeben hat, lautend dahin, daß der Gläubiger in dem Hof, Erbe oder Kathen alle Jahr einen gewissen Zins für das Geld neben der Herrenpacht pfänden dürfe.

De Gelöviger mag alle Jahr dewile de Hovetsumme unbetalet, newenst der Herrenpacht panden ...... ahne der Herschop Vorbedent. Tit. 107. §§. 3—5.

Endlich wird uns berichtet, daß die Stralsunder vormals, als befreit von der Verpflichtung, jene Erlaubniß nachzusuchen, betrachtet worden sind. — Tit. 191. §. 1.

Außerdem findet sich im Landgebrauche keine Spur von einer der Pfändung voraufgegangenen Anrufung des Gerichtes; die besprochenen Ausnahmen bestätigen vielmehr die Regel der Privat-Pfändung auf das unzweideutigste. Wenn es daher in Tit. 74. §. 18. heißt:

de vam Stralsund plegen de vom Adell und ere Lüde unge-

forderte s Rechten, up ere vormeinte Privilegia, umb Wand, Bier und allerlei gahre Kost Schulde panden tho laten, togen mit den Panden weg, ungefordertes edder ersuchtes Gerichtes ......

so haben wir es entweder mit einer durch spätere Abschreiber verfälschten Stelle zu thun, und die Worte „ungefordertes Rechten" als eingeschoben zu betrachten, oder die Stelle so zu verstehen, daß jene Worte als ein müßiger Zusatz nur beiläufig das Pfändungsrecht, wie es auch von andern rechtmäßig ausgeübt wird, kennzeichnen sollen, die vermeinten Privilegien aber, gleich als ob gedachter Zusatz gar nicht da stände, nur in dem Unterlassen des vorschriftsmäßigen Aufbietens der Pfänder vor Gericht nach vollzogener Pfändung gefunden werden.

3) Außer dem Hauptschuldner und für denselben werden auch sein Zinsmann und der Bürge gepfändet.

a) Der Pfändung des Zinsmannes für die Schuld des Zinsherren — (die wir als Selbstexecution des Gläubigers in den Activis des Schuldners bezeichnen können) — geschieht in folgenden beiden Stellen Erwähnung:

Sind in eins Edelmans Hafe Pächte verschreven, men mag se alß Pacht panden, ock umb den Tegenden, Bischops-Korn und ander Kerkengerechtigkeit ...... Tit. 74. §. 17.

und

Diewile ein Sprickwortt is: dat ein jeder mit sinem eigen Gude kan unrecht thon, und niemandt kan sick ock sulvest richten: daruß folget vor Recht up Ruigen, wenn einer umme Pechte, die he nicht lange in Besitte gehatt hadde odder die emme vamme Tinsenere nicht bestan würden odder sunst einen andern vorsettet wieren, würde pandet, he mach die Pandete deme Landtragede einem Börgen stellen. .... Tit. 8. §. 7.

Zum Verständniß dieser Stellen diene Folgendes:

Das Wort Hafe, Have wird zwar im Landgebrauche großentheils im ausgezeichneten Sinne für Habe an Vieh, namentlich Zugvieh gebraucht, wie in der Lehre von der Pfändung wegen Schadens. Tit. 152 und 178. §. 7. kommt aber auch in der heutigen weiteren Bedeutung vor, wie Tit. 3, §. 6. 36, §§. 2. 3. 107, §. 18. 152, §. 1 und 189, §. 12. Die Worte:

Sind in eins Edelmans Hase Pächte verschreven

dürfen daher so verstanden werden:

Sind in und mit eines Edelmannes sonstiger Habe dem Gläubiger auch Pächte verschrieben. . . . .

Und nur so geben sie in Zusammenhang mit dem folgenden einen verständigen Sinn. Denn wenn man etwa Hase für Hof nehmen und den Satz so übersetzen wollte:

Sind bei eines Edelmannes Hofe Pächte verschrieben d. i. als Zubehör des Gutes, so mag man sie als Pacht pfänden,

so würde der zweite Theil der Stelle:

ock umb den Tegenden ꝛc. ꝛc.

völlig unverständlich sein weil, wenn Pfändung des Zinsmannes allgemein zuläßig ist, kein: „auch" mehr folgen kann. In der anderen Stelle setzt zuvörderst das angezogene Sprichwort, daß Niemand sich selbst richten kann, außer Zweifel, daß unter dem Gepfändeten, der den Landvoigt anruft, der Inhaber einer Gerichtsbarkeit, ein Zinsherr gedacht wird, der über die Pfändung, die sein Zinsmann (Tinsenere) erleidet um deßhalb nicht richten darf, weil derselbe sie für ihn erduldet. Ein Gepfändeter ist der Zinsherr in sofern, als er, wenn auch nicht unmittelbar, so doch mittelbar in der Person seines Zinsmannes gepfändet wird. Das Anführen des Sprichwortes, daß ein jeder an seinem eigenen Gute Unrecht thun könne, soll wohl erläutern, warum die Einwendungen des Zinsmannes gegen die Forderung seines Herrn und die von letzterem etwa geübte Nachsicht gegen die ersteren vom Gläubiger als dritten nicht widerlegt, beziehungsweise angefochten werden konnten, ihr Vorhandensein vielmehr die Unrechtlichkeit der Pfändung zur Folge hatte.

Beide Stellen ergänzen somit einander, indem erstere die Fälle angibt, in welchen der Zinsmann für seinen Herren Pfändung zu leiden hat, nämlich bei ausdrücklicher Verschreibung der Pächte und bei den bevorzugten Kirchenforderungen, letztere aber das Verfahren erläutert.

Eine Vorschrift, wie die im Sachsenspiegel I. 54. §. 1., daß der Zinsmann nicht um mehr als eines Jahres Zins gepfändet werden dürfe, findet sich im Rügen'schen Land-Gebrauche nicht, und es geschieht dieses ganzen Rechtsverhältnisses weiter keine Erwähnung.

b) Um die Stellung der **Bürgschaft** in der Lehre von der Pfändung richtig zu beurtheilen, muß man sich zuvörderst den allgemeinen Grundsatz des Land-Gebrauchs vergegenwärtigen, daß der Bürge vor dem Hauptschuldner verhaftet ist.

De Gelöviger iß, vermöge des Landtrechts nicht schuldig den Schuldigern mit Rechte vor den Borgen umb de Schuldt tho Rechte tho sprekende, denn se hebben eine Regell: Menn nimpt darumb Börgen dat man den Hövetman nicht will geloven; Derhalven fordert men den Hovetman, ipsum debitorem, tho Rechte der Schuldt halven, dat iß de Borge sey. Tit. 74. §. 7. vergl. mit Tit. 137. §. 14.

(Der Widerspruch der letzteren Stelle ist nur scheinbar, indem sie offenbar eine **Vereinbarung** zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen, daß der Hauptmann zuerst angesprochen werden solle, im Sinne hat.)

Dieser Grundsatz, verbunden mit dem Umstande, daß der Land-Gebrauch von einem überaus häufigen Gebrauche der Bürgschaft, sowohl im Gericht als außergerichtlich, Zeugniß ablegt [10]), macht es erklärlich, daß der Verfasser desselben auch in der Darstellung der für die Pfändung zur Anwendung kommenden Rechtsregeln den Hauptschuldner mitunter ganz in den Hintergrund treten läßt.

Das Verhalten des Bürgen zum Rechte des Gläubigers, die Pfändung auszuüben, ist folgendes:

Der Gläubiger spricht zuerst den Bürgen an und pfändet diesen. S. Tit. 74. §. 22. vornämlich die Worte:

Und de **erste Pander** (sc. der Gläubiger) iß schuldig, des **Borgen Pande** so lange tho Borge tho dvende. ......
Tit. 137. §. 8. vornämlich die Worte:
De Creditor iß nicht schuldig, mehr alß einmahl mit den Börgen **na der Pande** den Debitorn tho besökende. .....
Vergl. auch Tit. 75. §. 13.

Dem Bürgen wird aber eine Frist von drei Dwernachten (6 Wochen) [11]) gewährt

„darmit dat he sinen Hovetman, dar he vor gelden moth,

10) Vergl. Homeyer a. a. O. S. 59. 60. 64.

11) Homeyer a. a. O. S. 63. 64.

könne panden und dat sine tho frien de Tidt hebbe." Tit. 74. §. 22. vergl. mit 137. §§. 2 und 9.

Und innerhalb dieser Frist ist der Gläubiger verbunden, gemeinschaftlich mit dem Bürgen den Hauptschuldner zu besuchen, „um des Debitorn Pande tho vordern," aber nur einmal, — ein Geschäft, welches jedoch lediglich als das des Bürgen erscheint, so daß der Gläubiger wohl nur mit zugezogen wird, um sich über die Tauglichkeit der Pfänder zu äußern und solche sofort in Empfang zu nehmen. Tit. 74. §§. 10 11. (bewaecken muß heißen bewanken.) Tit. 137. §§. 2. 9. 10.

..... so hölt he Mundtlöffte und entrichtet sick mit sins Hovetmans Pande, wo he de kan bekamen. ....

Sindt ock veele Börgen undt konden eres Principals Pande nicht bekommen. ......

De Creditor moth sick mit der ersten Pandinge an den Panden, de em de Börgen schaffen, benögen laten, ... Vergl. auch Tit. 137. §. 13.

Es wird aber jene erste Pfändung des Bürgen vor dem Besuchen des Hauptschuldners nur als eine bedingte betrachtet, denn es heißt Tit. 137. §. 8.

De Creditor iß nicht schuldig, mehr alß einmahl mit den Börgen na der Pande den Debitorn tho besökende (und) umb des Debitorn Pande tho vordern. Darna moth de Borge dem Creditori sine egene Pande edder ere eigene, si sint plures, overantworden .. vergl. auch Tit. 137, §. 7. 139, §. 4. 191, §§. 18. 35 und 36. 192, §. 16.

Außer dem Bürgen für die Schuld wird uns auch von den Rechts- oder Gerichtsbürgen berichtet, daß sie für den Hauptschuldner gepfändet worden. Es sind dieß diejenigen Bürgen, welche der Kläger und der Beklagte bei Beginn des Rechtsstreites bestellen zu dem Zwecke:

daß sie „tho spracke und Antwort" behalten „des Gerichts-Protocoll" sein, und bei einem über den Gegenstand des Streites entstehenden Zweifel Klage und Antwort vermittels ihres Eides einbringen, sowie daß sie halten sollen dafür, was ihrem Theile „tho Rechte erkant wert, dat he dem naleve und sick an Rechte late benögen," insbesondre daß er den dem

Gegner zuerkannten „Bröcke" (Bruch) bezahle. Tit. 27, §§. 2—4. 28, §§. 1. 3. 40, §. 2. 138, §§. 4. 6. 8.

Zu dieser Klasse von Bürgen gehören auch die Appellationsbürgen Tit. 4. §. 3. sowie die im III. Theile der Abhandlung näher zu beschreibenden Pfandbürgen und die Bürgen für das zu Rechte Rufen.

Aus dem oben beigebrachten allgemeinen Grundsatze von der Verhaftung der Bürgen folgt, daß auch der Gerichtsbürge vor dem „Hovetmann" dem Rechte Genüge leisten mußte, und deßhalb der Gegner es zunächst mit ihm zu thun, insbesondere ihn zu pfänden hatte. Und daß dem wirklich so war, geht unter anderem daraus hervor, daß im Tit. 40. „Vam Bröcke, de im Gerichte iß erkandt worden, wo und wen men den mag vordern," einzig und allein von Pfändung des Bürgen die Rede ist. Auch dem Gerichtsbürgen wurde eine Frist, und zwar von 4 Wochen und 3 Tagen bewilligt, um inzwischen Pfänder vom „Hovetman" zu beschaffen." Tit. 138. §. 6.

> .... Darna moth he bethalen edder Pande bereden (bereden — bereiten, schaffen, vgl. Tit. 137. §. 9. wo „bereiden" gebraucht wird).

Ferner heißt es auch von ihm:

> Dem Gerichtsborgen iß fry, will he sines Hovetmenß edder sine egene Pande vorrecken, he mag sinen Hovetman mit dem Pandfürderer bewanken, dat iß de Pander schuldig. Wolde he dat nicht dohen und pandede daröver den Börgen, he deiß Unrecht, ... Weyerde de Hövetman Pande, so deit de Pander neen Unrecht.

Eine Bestimmung, worin wir der Hauptsache nach nur eine Wiederholung dessen zu finden haben, was uns bei der Pfändung des Bürgen für die erste Schuld bereits gesagt ist. Zwar mußten wir die oben angezogenen Stellen so verstehen, daß gleich bei der ersten Ansprache eine wirkliche Pfändung des Bürgen erfolgte, welche derselbe nur das Recht hatte, durch Darreichung von Pfändern des Hauptschuldners ungeschehen zu machen, während hier jener Versuch, Pfänder des Hauptmannes zu beschaffen, voraufgeht, und erst bei dessen Mißlingen eine wirkliche Pfändung des Bürgen eintritt. Jedenfalls ist aber beiden Fällen das gemeinsam, daß der Gläubiger es nur mit dem Bürgen zu thun hat, und dieser es allein ist, welcher

die Pfänder des Hauptschuldners bereitet, und welcher falls ihm dieß mißlingt, seine eigenen Pfänder zur Befriedigung des Gläubigers hergeben muß. Die Verpflichtung des Gläubigers, mit dem Bürgen den Hauptschuldner zu „bewanken" (besuchen), werden wir überhaupt nur als einen Ausfluß der eigenthümlichen Schonung zu betrachten haben, mit der das Pfändungsrecht ausgeübt wurde (siehe II. 6. dieser Abhandlung), ohne darin etwa einen Vorboten römischer Anschauungen erblicken zu dürfen — (die ganze Lehre von der Bürgschaft enthält ebensowenig, als die von der Pfändung irgend welche Spuren römisch rechtlichen Einflusses) — und es ist, da beiderlei Verfahrungsarten — das Pfänden vor und das Pfänden nach dem Besuche des Hauptschuldners, — auf einen gleichen Erfolg hinauslaufen, sehr möglich, daß dazwischen eine beliebige Wahl, ebenso für die Pfändung des Bürgen der ersten Schuld (des Geldes Tit. 139. §. 4.), als für die Pfändung des Gerichtsbürgen stattfand, und das Erwähnen der einen für jenen und der anderen für diesen Fall nur zufällig ist. Da jedoch jene Schonung vorzugsweise da geübt wurde, wo der zu Pfändende sich der Pfändung gutwillig fügte, so bleibt die Anschauung eine berechtigte, welche das Aussetzen der Pfändung des Bürgen bis nach dem Besuche des Hauptschuldners eben nur für den Fall stattfinden läßt, wo der Bürge sofort seine volle Bereitwilligkeit erklärt, sei es nun Pfänder des Hauptschuldners oder eigene zu überreichen, und dagegen jenes zuerst beschriebene Verfahren auf solche Fälle bezieht, wo der Bürge erst nachträglich jenes Erbieten macht.

4) Ein sehr merkwürdiges Institut ist das der Pfändung für den Fortgang.

Das Pfänden um Fortgang findet Statt, wenn der Kauf eines Grundstückes (Fryen, Hoff, Erve edder Katen) oder überhaupt ein Versprechen, das nicht steht in Zahl, Gewicht und Maaß, nicht gehalten wird, auch wenn ein Rechtsstreit liegen bleibt, und es besteht darin, daß der Berechtigte den Gegner pfändet und nach erfolgter Aufbietung der Pfänder und zuvor eingeholter Erlaubniß des Richters dieß wiederholt und so lange thut, bis dem betreffenden Anspruche Genüge geschehen ist.

Wir haben also eine vom Berechtigten selbst vollstreckte executio ad faciendum. Art. 140, §§. 1—3. und 138, §. 8. [12]).

12) Die Hauptstelle lautet: „De Börgen, de dar laven vor Fryen vor

Der Landgebrauch behandelt diese Pfändung bei Gelegenheit der Lehre von der Bürgschaft, und erwähnt ihrer überhaupt nur für den Fall, wo der in Rede stehende Anspruch durch Bürgschaft gesichert ist. Es erklärt sich dieß wiederum einfach aus dem häufigen Gebrauche der Bürgschaft und aus der principalen Verhaftung des Bürgen; von selbst aber versteht es sich, daß dasselbe Pfändungsrecht auch stattgefunden haben wird, wo keine Bürgen vorhanden waren.

In einigen Fällen wird es allerdings gerade gegen Bürgen als solche geübt; so wenn die Bürgen versprochen haben, „dat dar se vor gelavet hebben, mehr Borgen schölen gesettet werden," sowie, wenn die Gerichtsbürgen nicht wiederkommen vor das Gericht, wo sie gelobt haben (indem das ungehorsame Ausbleiben dieser Bürgen mit vielfachen Uebelständen verknüpft war). Tit. 140, §. 1. und 138, §. 1. nebst Abd. 66.

Dem Bürgen steht übrigens auch bei der Pfändung um Fortgang der Rückgriff auf seinen „Hovetman" frei, und er kann sich

---

Hoff, Erve edder Katen köpe, ock im Gerichte und sonst alle Börgen, de nicht laven vor eine gewisse Summa, de dar steit an Talle, Wichte edder Mate, ock de dar laven, dat dar se vor gelavet hebben mehr Borgen schölen gesettet werden; disse Börgen, wo er Hövetman nicht will holden edder fortfahren, so mag man den edder de Börgen thom Vortgange panden, undt de Pande vor einem Vortgange (ad praestandum quod promissum est) uzbeden, so nimpt de Richter vom Pander einen Börgen und günt em von rechtswegen, dat he möge sampt sinen Hülpern so lange panden, dat idt vortgeit, dar de Bürge edder Bürgen vor gelavet hebben. Und dar hefft de Pander tho XIV Dage. Mitlertydt maghe den Börgen affpanden wat se hebben ahne Unrecht; Kan he de Borgen mitlertydt sampt eren Hövetman nicht vollent tho vörende bringen, he mach de Pande vor Gerichte bringen und bieden se up vor de Schelinge Bröke edder dat Interesse der Sake.

Weret ock, dat he mehr Pande konde nakriegen, de Pander mag mit dem Vorloeffe, dat he upt nye moth bidden, lenger panden.

Wenn overst de Pander keine Pande mehr kann bekamen von den Börgen, so mag he se upbeden, de Richter richtet se int Market, men vorköfft se up drey Dage negst thovorstande. Tit. 140. §§. 1 — 3.

mit den Pfändern desselben „eine tydtlang, so lange de Hövetman etwas tho panden hefft, entweren; Wenn he averst nicht mehr tho panden hefft, so möthen de Börgen ere Pände nicht weyern ahne Unrecht" .... Tit. 140. §. 4. Ein Satz, den wir zufolge des unter Nro. 3. b. Bemerkten je nach den Umständen entweder auf ein nur bedingtes Pfänden des Bürgen oder auf ein einstweiliges Aussetzen der Pfändung jedenfalls aber so zu deuten haben, daß die Pfändung des Hauptmannes lediglich eigene Angelegenheit des zunächst verpflichteten Bürgen war. Es tritt dieß für vorliegenden Fall um so unzweifelhafter darin hervor, daß wie gedacht, die ganze Lehre von der Pfändung um Fortgang als eine der Bürgschaft angehörige behandelt und in den dem §. 4. cit. vorhergehenden §§. allein und geradezu von der Pfändung des Fortgangsbürgen die Rede ist [13]).

Die Dazwischenkunft des Richters, welcher die Wiederholung der Pfändung gestatten muß, haben wir uns schließlich keineswegs als eine auf vorgängige Erörterung und Prüfung der Sache gestützte zu denken; vielmehr wird auch das weitere Pfänden nur als der alleinigen Verantwortung des Pfänders anheimfallend aufgefaßt, was daraus hervorgeht, daß das gerade eine Privatpfändung voraussetzende Zurechtrufen der Pfänder (siehe III. 5.) eben auch für das zu „geschwinde Fürdern" als anwendbar bezeichnet wird. §. 5. a. a. O.

5) Daß die eigentliche Pfändungsklausel im Rügen'schen Rechte keinen Sinn haben konnte, und daß ihrer im ganzen Landgebrauche keine Erwähnung geschieht, versteht sich von selbst und kann nicht auffallen. Die Pfändung war ja allgemein und unbedingt zuläßig, und der Schuldner brauchte sich nicht erst derselben zu unterwerfen.

Es wird uns aber von einer der Pfandklausel verwandten Formel Kunde gegeben, von der Zusage nämlich:

„dat schölen de Borgen eres Hovetmanß Pande edder ere Pande dem Gelövigen averantworden"

und es war dieselbe nicht ohne rechtliche Folgen.

---

13) Neben den oben mitgetheilten §§. 1—3. des Tit. 140. sind noch zu vergleichen die beiden Additamente 66 und 69, welche einiges Nähere über die Einzelnheiten des Verfahrens bringen.

Zum Verständniß dessen, was uns darüber berichtet wird, gereicht Folgendes:

Urkundliche Versprechungen (Brefflöffte) kamen nur beim Adel vor. Tit. 137. §§. 1. 2. und 74. §. 1. Bei diesen aber galt es für „eine grote Unere, wenn einer umb sines Truwlöfftes willen leth tho Rechte vordagen." Tit. 74. §. 5.

„de Olden helden dat vor eine verwitlicke und unerbare Sacke." Tit. 137. §. 3.

Und diese Sitte scheint so mächtig gewesen zu sein, daß sich ihr auch die Gläubiger, wenn gleich in entgegengesetzter Weise anschloßen, indem sie nicht zur Pfändung schritten, welche sonst auch gegen Adelige, selbst von Bauern geübt werden durfte (Tit. 74. §§. 10., 11. 18. 19. 21. 22.), sondern den von größerem moralischen Eindrucke begleiteten Rechtsweg einschlugen; wenigstens wird uns im Tit. 137. „Van Börgeschoppen ꝛc." zwar für den Fall der „Mundlöffte," nicht aber für den der „Brefflöffte" die Pfändung als Zwangsmittel bezeichnet, bei letzterer vielmehr, wenn auch die Pfändung nicht ausgeschlossen, so doch das „Vordagen" vor das Landgericht allein als das genannt, was der Gläubiger zu thun habe (§§. 2. 3.). Ja selbst bei ausdrücklich verschriebener Pfändung wird dieß Verhältniß dasselbe geblieben, d. h. dem Gläubiger der gerichtliche Weg als der schneller zum Ziele führende erschienen sein, zumal bei „Brefflöffte" eine kürzere Zahlungsfrist als bei unverbriefter Schuld gestellt wurde. Tit. 137. §. 8. 74. §§. 5. 10. [14]).

Jener Formel nun geschieht in folgender Stelle Erwähnung:

„Iß der von Adell einem Edelman schuldigk up Segel und Breve, de Gelöviger moth sick holden synes Breves ..... derhalven kumpt idt, wo einer hefft in sinem Brefe, dat schölen de Borgen eres Hövetmanß edder ere Pande dem Glöviger averant worden, se sin schuldig im Lande ya im Garden dar de Hovetman geseten, dat de Hovetman Pande vor se börede edder ere freye. Böreden se nene Pande, de Glöviger machse mahnen luth sines Brefes up des Schuldigen Unkostinge. Mahnet he de Borgen ungeforderter Pande, edder he will nene Pande

14) Die Worte: „binnen angetragenen Dagen" sind wahrscheinlich ein unächter Zusatz, und es hat der Abschreiber dabei den nachfolgenden §. 22. im Sinne gehabt.

hebben, he deith Unrecht und drecht sülvest sinen Schaden. Mahnde de Löviger sine Borgen se beredden neene Pande, edder hielden nicht dar se geheischet würden, und de Glöviger lede Schaden, he mach Schadepande köpen und den Schaden so hoch alß de Hovetsumma sich strecket und nicht höher anschlahn undt de Schade steit ock XIV Dage und III Dage. Darnach edder vor, wen he will, mach de Gelöviger den Borgen vor S. G. Landtgerichte tho sinem Truwlöffte (wiewol de Olden helden dat vor eine grote Unehre wenn einer van Adell umb sines Truwlöfftes willen leth tho Rechte vordagen) leten heischen, so moth he Borgen stellen innerhalven IV Wecken und III Dagen tho betalende, dar he vor gelavet hefft. Tit. 74. §§. 2. 4. u. 5.

Danach stellt sich als eigenthümliche Folge der ausdrücklichen Zusage der Darreichung von Pfändern heraus:

einmal, daß der Gläubiger, da er sich „sines Breves" halten muß, verpflichtet ist, Pfänder zu fordern, selbst wenn er nicht das Recht eigenmächtiger Pfändung ausüben will, sodann, daß bei nicht erfüllter Zusage der Gläubiger „Schadepande köpen" konnte, d. h. daß er neben der Beschreitung des Rechtsweges für die Hauptforderung auf den ihm durch den Wortbruch erwachsenen Schaden das Pfändungsrecht ausüben durfte [15]).

Besonders aber von praktischem Werthe ist wohl unsere Formel dann gewesen, wenn sie den Zusatz enthielt, daß die zu überliefernden Pfänder genügend sein sollten. Es galt dann die sonst stattfindende Befugniß des Schuldners, sich des ersten Angriffes durch freiwillige Darreichung eines selbst ganz unbedeutenden Pfandes zu erwehren (siehe II. 7.) als ausgeschlossen. Tit. 189, §. 7. 191, §. 34.

Auch wird uns im Falle verschriebener Pfändung eine höhere Buße für unbegründetes zu Rechte Rufen als verfallen bezeichnet. Tit. 8. §. 7.

Endlich darf auch noch die oben bei Nro. 2. c. bereits erwähnte

---

15) Das „Pandeköpen" heißt einfach „pfänden," eine Ausdrucksweise, die sich daraus erklärt, daß die Pfänder nach Ablauf der Dinzeltage unter Umständen dem Pfänder von selbst übereignet waren, und so gewissermaßen als mit seiner Forderung gekauft erschienen (s. unten III. 8.).

schriftliche Zusage der Herrschaft, daß der Gläubiger des Bauern in dem Hof, Erbe oder Kathen alle Jahr einen gewissen Zins neben der Herrenpacht solle pfänden dürfen, hieher gezogen werden, indem diese Zusicherung nicht allein von der sonst erforderlichen Nachsuchung der herrschaftlichen Erlaubniß zum Pfänden befreit, sondern auch zugleich den Vorzug gewährte, mit den Pfändern zu „fahren, als Pacht Pande Recht ist“ (s. III. 2. 3. 6. 8.).

6) Das Rügen'sche Recht kennt keine gerichtliche Pfändung, wenigstens nicht in dem Sinne, daß der Richter wegen gerichtlich erkannter Schuld die Auspfändung angeordnet und als gerichtliches Zwangsmaßregel selbst oder durch seinen Diener zur Ausführung gebracht hätte. Vielmehr fand auch für gerichtlich zuerkannte Forderungen die außergerichtliche Pfändung ganz in den Abstufungen und Formen Statt, wie für jede andere Schuld.

Auf den ersten Blick könnte hier §. 20. im Tit. 255. Van dem Landpraweste up Ruigen 2c. zu einer anderen Ansicht verleiten, indem es daselbst bei Aufzählung der Gründe, warum die Gerichts-Gewalt des Probstes im Lande groß geworden sei, heißt:

> Thom veerden, umb Vormidinge willen der Pandinge, wente vorm Weltliken folget thor Stund, wenn de Frist vorby iß, edder wo he bekend na 14 Dagen, edder thom utherſten so idt nee ne ghare Kost iß 4 Weken na Gelegenheit der Gunst des Richters, de Pandinge. Iß de Hovetman arm, der Börge wart mit arm der Pandinge halven. Dat geistlicke Gerichte hedde nene Pandinge alleine den Bann 2c. ....

Wenn hier vom geistlichen Gerichte gesagt wird: es habe keine Pfändung gehabt, und dagegen vom weltlichen, es sei daselbst sofort nach Ablauf der Zahlungsfrist die Pfändung gefolgt, so klingt das freilich nicht anders, als wenn von einer gerichtlichen Maßregel die Rede wäre. Es ist indeß in dem so ausführlichen Rechtsbuche sonst nirgends von einer gerichtlichen Auspfändung die Rede, die doch ihre besonderen Formen gehabt haben müßte.

Wir finden im Tit. 200. vom Pfandgelde Bestimmungen über die Höhe des Pfandgeldes für den Landreiter, wenn er um öffentliche Abgaben und um Forderungen des Kirchherren pfändet; auch des Pfandgeldes für Pachtdienst und andere lehnliche Gerechtigkeit ist erwähnt. Einer Gebühr des Landreiters dagegen für Pfändungen um andere Schuld wird gar nicht gedacht, vielmehr vorausgesetzt,

daß der Pfänder sich dabei gewöhnlicher Gehülfen für ein Trinkgeld bediene (vgl. oben 2. b.). Der Tit. 270. ferner „Vam Vordageßmanne int gemene" nennt diesen neben den nach gemeinen Rechten zum Gerichte und Rechte gehörenden drei Personen als vierte Person, ohne welche Gericht und Recht nicht förmlich ausgerichtet werden könne, und rechnet den Landreiter mit zu den Vordagern. Das Amt aber der letzteren beschreibt er einfach als das von Boten des Gerichts, welche die Vorladungen der Partheien zu besorgen haben. Von Dienern des Gerichts, welche Auspfändungen Namens des Gerichts zu vollstrecken hätten, keine Spur. Wohl aber ergibt der ganze Inhalt des Titels 40. „Vam Bröke de im Gericht iß erkandt worden ꝛc." auf das unzweideutigste, daß wegen gerichtlich zuerkannter Buße die gewöhnliche Privatpfändung ausgeübt würde. Denn es werden daselbst alle für die außergerichtliche Pfändung vorkommenden Kunstausdrücke gebraucht, als:

...... man schall mit der Pande vor des Borgen Herrschop, ... thehen .... (§. 2.)

De Panden moth den Wedderkoep antögen ... (§. 4.)

...... De Pande, de vor tho erkannten Bröcke pandet wert, both men schlichtes up vorm Gerichte, dar de Bröcke erkant was und sede den Wedderkoep up drei Dage ... (§. 5.)

Dabei läßt die ausdrückliche Verweisung im §. 4. auf das Verfahren bei anderer Pfändung um Schuld

.... glik anderer Geltpande, wie hierunder von der Pande schall angetoget werden ...

keinen Zweifel zurück, daß jene Kunstausdrücke gerade in dem Bewußtsein völliger Gleichartigkeit der Pfändung im einen wie im anderen Falle gebraucht sind.

In ähnlicher Weise wird im Tit. 219. §. 6. der Pfändung um Kost und Zehrung, die im Gerichte ist erkannt worden, gedacht, indem von dem durch den Pfänder zu bewirkenden Aufbieten des Pfandes die Rede ist (s. III. 1.).

Für beide Fälle aber (Bröcke und Kost und Teringe) wird, wie wir oben unter 2. c. bereits gesehen, jene Erlaubniß der Herrschaft des zu Pfändenden nicht für erforderlich erachtet, zum deutlichen Beweise, daß es sich dabei lediglich um eine durch den Berechtigten selbst zu vollstreckende Pfändung handelt. — Die angezogenen Worte aus dem Titel vom Landprobste sind daher nur so zu verstehen, daß das vor dem geistlichen Gerichte zur Anwendung kommende Recht

keine Pfändung gekannt habe, wogegen nach dem beim weltlichen Gerichte in Uebung befindlichen Rügen'schen Landrechte die (außergerichtliche) Pfändung stattfinde.

Daß endlich die Erwähnung der Frist, nach Ablauf deren die Pfändung erfolge, lediglich auf die im Erkenntnisse bestimmte Zahlungsfrist Beziehung hat, ergibt sich gleichfalls aus einer Vergleichung mit dem erwähnten Tit. 40. vom Bröcke, indem daselbst §. 1. für die Anordnung der Frist, innerhalb welcher der Bruch zu bezahlen sei, ein ähnlicher Ausdruck („steit na Gelegenheit der Sacke byme Richter") gebraucht wird.

So ist denn jene Bemerkung über die Verschiedenheit des Verfahrens im geistlichen und weltlichen Gerichte gerade als eine entschiedene und ganz allgemeine Bestätigung des oben aufgestellten Satzes anzusehen, daß nämlich der Land-Gebrauch eine Pfändung als gerichtliche Zwangsmaßregel in Partheisachen nicht gekannt habe. In der That würde es auch fast einem inneren Widerspruche geglichen haben, wenn man für jede auch unbescheinigte Schuld Pfändung hätte zulassen, und bei der allerklarsten, der gerichtlich zuerkannten, hätte ausschließen wollen. —

II.

Wie wird die Pfändung ausgeübt.

1) Der Gläubiger selbst ist derjenige, der die Pfändung vollstreckt, er ist der eigentlich handelnde, und andere Personen, welche er dabei zuzieht, erscheinen nur als seine Gehülfen. Tit. 200. §. 3. vergl. 140. §. 1 und 189. §§. 1—3. 12.

Wir haben bereits gesehen, daß dasselbe Verhältniß auch stattfand, wenn ein Kirchherr sich vom Landvoigt den Landreiter erbat, um wegen Zehnten und sonstiger Kirchenabgaben zu pfänden (oben I. 2. 6.)

Mit dem Gepfändeten stehen diese Gehülfen nicht weiter in Beziehung, als daß sie von ihm in einigen besonders genannten Fällen (außer den mehr gedachten Kirchenabgaben, „Pacht, Dienst und andere lehnliche Gerechtigkeit") ein Pfandgeld erhalten (Tit. 200. §§. 1. 2. vergl. 191. §. 3.), wogegen ihnen bei aller anderen Schuld-Pfändung, „dar neen beständig Willköhr iß", nur ein Trinkgeld gebührt, welches der Pfänder selbst trägt. Tit. 200. §. 3.

Die Gehülfen werden aber bei einer sich als unrechtmäßig aus-

weisenden Pfändung für mit verantwortlich erachtet und gleich dem Pfänder mit Buße belegt. Tit. 189. §§. 1. 2. 12 [16]).

2) Der Pfänder darf, um sich in den Besitz der dem Schuldner wegzunehmenden Sachen zu setzen, bei rechtmäßiger Pfändung Gewalt anwenden.

Tit. 189. §§. 1. 3. woselbst von Gewalt unter dem Scheine einer Pfändung die Rede ist, d. h. von einer Gewalt, die gegen den Schuldner verübt worden, ohne daß ein rechtmäßiger Grund zur Pfändung vorgelegen hat, so daß also, falls es mit der Schuld überall seine Richtigkeit gehabt hätte, keine (strafbare) Gewalt, kein Unrecht begangen sein würde.

Nur darf diese Gewalt nicht ohne Noth verübt, namentlich sollen die Schlösser von Kisten oder Kasten, Kammern oder Spikern nicht abgeschlagen werden, wenn der, der gepfändet wird, aufschließen will [17]).

Auch wird das Einbrechen in das Haus des zu Pfändenden während der Abwesenheit desselben nur gestattet, wenn der Schuldner gefährlicher Weise zugeschlossen und sich absichtlich entfernt hat (Tit. 189. §. 6.), eine Maßregel, die jedoch nach einer anderen

16) Auch bei der Pfändung um Landsteuer — „Schatt edder Bede" — gebührt dem Landreiter ein Pfandgeld. Tit. 200. §. 1.

Hiebei mag auch erwähnt werden, daß der zur Synode ungehorsam ausbleibende Geistliche als „Miethe" für die durch den Gardvoigt vollstreckte Pfändung „eine Tonne" geben mußte, von welcher der Landvoigt die eine, die anderen praesentes et obedientes parrochiarum Pastores die andere Hälfte erhielten. Tit. 191. §. 4.

17) Tit. 189. §. 5. Dar deit einer Gewalt edder Unrecht, de dem andern sine Schlöte vor Kisten edder Kasten, Kamern edder Spikern affschlecht, wo anders de, de dar gepandet wert, will upschluten, „idt were denn, he bestünde em nener Pandinge edder Schuldt" bezieht sich wohl nur darauf, daß in den vorhergehenden §§. schon überhaupt jede ohne rechtlich begründete Forderung vollstreckte Pfändung für Gewalt und Unrecht erklärt ist, und es wird vorausgesetzt, daß der Schuldner mit seinem Widerspruche danächst vor Gericht durchdringt.

Stelle (191. §. 28.) nur nach zuvor eingeholter gerichtlicher Erlaubniß und bei wiederholtem Zuschließen für zuläßig erklärt wird. —

3) Der Schuldner seinerseits darf sich der Pfändung nicht widersetzen; sonst trifft ihn der Vorwurf der Pfandkehr. Diese wird nicht blos „mit gewapender edder wehrender Hand, mit Nehminge edder Vorhindering der Pande," sondern auch durch „Beferung edder Överfahrung mit bösen Worden" begangen, und bei der Pfändung um einige bevorzugte Forderungen mit 60 Mark, um andere Schuld als einfaches Unrecht (5 Mark an den Grundherren und 3 Pfund an den Kläger Tit. 185. §. 2.) bestraft. Tit. 190, §§. 1. 2. 191, §. 25. auch 152, §. 7.

4) Es wird beim „Flochfahrigen, de nene gewisse Stede hefft edder hölt binnen Landes" als etwas Besonderes bezeichnet, daß man ihn pfänden kann, wo man seiner habhaft wird, und daß man ihn wenn er keine Pfänder hatte „up Börgen drengen edder anholden" konnte (Tit. 191. §. 31.). Ferner wird es als Anmaßung der Stralsunder gerügt, daß sie in der Stadt gepfändet und angehalten.

> Add. 19 .... Dargegen leten se — (später) — dat Pandent und Anholdent in der Stadt (wente gemeindich plegen se panden, wen de Lüde pflügen und seyen scholden) underwegen. ....

Daraus darf geschlossen werden, daß die Pfändung regelmäßig im Wohnorte des Schuldners vorgenommen werden mußte, und daß ein Anhalten der Person am dritten Orte nicht zuläßig war. Nur wenn der Schuldner sein Haus verschloß zur Zeit, wo eine Pfändung bevorstand oder seine Habe und Gut aus dem Wege brachte, durfte man mit gerichtlicher Erlaubniß ihn und seine Sachen „up einen Borgen" selbst aus einem anderen Gerichte herbeiholen und bringen. Tit. 189 §. 11.

5) Die Pfändung durfte ohne gerichtliche Erlaubniß nicht auf einen heiligen Tag, auch nicht auf den Abend nach der Sonne vorgenommen werden. Tit. 189, §. 4. 192, §. 7 und 193, §. 1 [18]).

Auch fand in den Gerichtsferien nur mit Erlaubniß des Richters Pfändung statt; jedoch „umb Pacht, Dienst, Bischoppes-

---

18) Beim Feldschaden erlaubt. s. Tit. 193. §. 8.

korn, Teinden pandet men indifferenter, utherhalve dem Sondage." Tit. 193. §. 2.

6) Gegenstand der Pfändung waren außer fahrender Habe aller Art auch Korn auf dem Felde und unbewegliche Sachen.

An ersterem ward sie dadurch vollstreckt, daß der Pfänder pflückte, „ein Halm edder etlike vom Stücke, wo idt baven Erde iß, sonst de Erde mit den Planten" (Tit. 191. §. 24.), an letzteren dadurch, daß man hauet „ein Spon edder Spletter von einem Stender uth dem Huse und ein Bordtschoeff uth dem Dacke." Tit. 191. §. 12.

Fremde Sachen, welche sich „up edder in der Werre, dat iß im Gude dar men pandet," befinden, unterliegen im Allgemeinen dem Pfändungsrechte nicht; der dem sie gehören, „wint se mit Rechte undt bekumpt se ahne Entgeltniß," und der Pfänder, wenn es ihm „mit Wahrheit" angezeigt worden, daß es fremde Güter seien, verbüßt ein Unrecht. Tit. 191. §§. 6 und 32.

Für einige bevorzugte Forderungen jedoch (Pacht, Landschatt, Dienstgelt, Kerkentegenden und Bischopsroggen) dürfen auch fremde Sachen mit alleiniger Ausnahme eines fremden besattelten Pferdes gepfändet werden. Tit. 191. §§. 5 und 27.

Aehnlich wie mit den Sachen Dritter verhält es sich mit den Sachen der adligen Frauen und Jungfrauen [19]).

> De Olden hieldent darvor, wo ein Edelman nicht was schuldig Pacht edder vorsegelde Tinse, Bischops Roggen edder Kerken Tegenden, men muste der Fruwen edder Jungfrowen, Kisten, Kasten, Betten edder Bettgewand nicht panden edder öpenen, noch sloeken edder rören, se wolden denn gerne ere Clenodie edder Barschop tho Panden vorantwerden. Sonst mochten se dat ere ahne broken halen edder nehmen, wor se dat seyen, und de Pander dede Unrecht, de dat pandede; De Frowen edder Jungfrowen nement wedder ock uth den Kerken ahne Unrecht.

Und „einer kindelbeddeschen Fruwen ere Bedde und Beddegewand, so vele up erem Bedde binnen Umbhanges" durften nicht

19) Tit. 74. §. 21.

einmal für jene bevorzugten Forderungen gepfändet werden. Tit. 191. §. 5.

Endlich dürfen auch Sachen, die auf Antrag eines **Dritten** gerichtlich beschlagen („besatet") sind, jedoch wiederum mit **Bevorzugung** jener ausgezeichneten Forderungen, nicht gepfändet **werden.** Tit. 189, §. 12 und 191, §. 26[20]).

7) In folgenden Bestimmungen spricht sich die Absicht aus, demjenigen, der gepfändet wird, möglichste Schonung angedeihen zu lassen:

a) Wenn der Schuldner freiwillig Pfänder darreicht, so muß sich der Gläubiger daran vorerst genügen lassen, mögen sie auch einen noch so geringen Werth haben („weren se ock nicht einen Groschen werth"), und er darf erst nach erfolgter Aufbietung jener Pfänder und eingeholter richterlicher Erlaubniß weiter pfänden. Tit. 189, §. 7. 191, §. 34. vergl. auch 137, §. 10.

Zweifelsohne hat man in dem gutwilligen Hergeben von Pfändern ein Eingeständniß der Schuld gefunden, und so das Verzeigen derselben im Gericht behufs der Aufbietung zugleich als einen Beweis des Anspruches, wofür diese erfolgte, betrachtet. Um so weniger kann es bedenklich erscheinen, jene Erlaubniß des Richters zum Weiterpfänden, wie wohl dafür in einer der angezogenen Stellen der Ausdruck

„wieder pandent sick laten erkennen"

gebraucht wird, auch hier wie in dem oben bereits erwähnten ähnlichen Falle (I. 4.) nur als eine Art Beglaubigung des Verfahrens, welches der Pfänder beobachtet, als ein feierliches Bestätigen der äußeren Rechtmäßigkeit desselben ohne vorausgegangene Prüfung des Anspruches selbst, um dessentwillen gepfändet wird, aufzufassen. Wäre dem nicht so, dann würde uns ein Näheres über die Art und Weise dieser Verhandlung der Hauptsache von unserem so gründlichen Verfasser nicht vorenthalten sein. — Daß übrigens jene Pflicht des Pfänders, sich vorläufig genügen zu lassen, da

---

20) Vgl. über besate Tit. 36. Sie findet statt gegen den, „de nicht Rechtens will töwen, nichts eigens an stahenden Güdern hefft edder mit sinen Güdern in ein ander Gerichte sick will begeren."

fortfällt, wo ihm die Ueberlieferung genügender Pfänder ausdrücklich zugesagt worden, ist oben schon bemerkt. (I. 5.)

b) Es ist bereits erwähnt, daß der Gläubiger bei der Pfändung des ihm zunächst verhafteten Bürgen diesem eine bestimmte Frist zu gestatten hatte, damit er seinerseits inzwischen den Hauptschuldner pfänden konnte, auch daß er innerhalb dieser Frist auf Erfordern des Bürgen mit demselben den Hauptschuldner besuchen mußte, um der Verhandlung zwischen beiden beizuwohnen, und eintretenden Falles die vom Bürgen bereiteten Pfänder des Hauptschuldners sofort in Empfang zu nehmen, und daß die Pfändung des Bürgen erst beim erfolglosen Verlaufe jenes Besuches, sei es nun, daß sie bereits bedingt stattgefunden hatte oder daß sie so lange aufgeschoben war, völlig in Kraft trat. (I. 3 b. und 4.)

Auch im III. Theile der Abhandlung werden wir noch auf Bestimmungen stoßen, welche einer solchen Rücksichtnahme auf die Lage der Gepfändeten entsprungen sind. (das. 7.)

III.

Wie wird nach vollzogener Pfändung weiter verfahren, und was hat die Pfändung für rechtliche Folgen?

1) Der Pfänder ist verpflichtet, mit den dem Gepfändeten abgenommenen Sachen vor Gericht zu ziehen und solche daselbst aufzubieten.

> Tit. 74. §. 19. .. Denn panden und kein Gerichte tho söcken, iß ock wedder alle Rechte, und averlengst publicirte des H. Römischen Reichs Ordnung in solcken Schulden [21]). Tit. 191. §§. 7. 21. vergl. auch 40. §. 2.

War Korn auf dem Halme oder ein Grundstück gepfändet, so erfolgte das Aufbieten beziehungsweise unter Vorzeigung der abgepflückten Halme oder der herausgenommenen Erde mit den Pflanzen, und des abgehauenen Spohnes oder Splitters sowie des Bordtschoefes aus dem Dache. (Tit. 191. §§. 24 und 12.) Ein Verfahren, welches zugleich ersehen läßt, daß das Ziehen vor Gericht mit den Pfändern für bewegliche Gegenstände ganz eigentlich und körperlich gemeint war.

21) Vgl. Wilda in der Zeitschrift S. 199. 298.

Dieses Aufbieten bestand in der Verlautbarung der geschehenen Pfändung mit genauer Angabe der Forderung, derentwegen gepfändet worden. Es ergibt sich dieß unter anderem aus demjenigen, was uns von den Pflichten des beim Aufbieten genommenen Bürgen, des Pfandbürgen, gemeldet wird, sofern derselbe zu behalten hatte, „wo hoch, wo duer undt mit wat Wise de Pande iß upgebaden worden" sowie aus allem, was uns über die Bedeutung des zu Rechte Rufens gesagt wird (siehe unten Nro. 5. 6.)[22]) und es durfte nicht über den gewöhnlichen Rechtstag des Gerichts oder Gardens, wo die Pfändung erfolgt war, aufgeschoben werden, wenn nicht der Gepfändete selbst darum gebeten hatte, bei Verbüßung eines Unrechts. Tit. 191. §§. 7. 21.

Das Aufbieten erfolgte vor dem Gerichte unter welchem der Gepfändete stand, nämlich:

a) für den Adel vor dem Landgerichte oder dem Gardgerichte — (das letztere hatte freilich sonst keine Gerichtsbarkeit über den Adel 6. §. 4.) Tit. 8, §. 5. 74. §. 12 [23]).

b) für den Nicht-Adel vor dem betreffenden Herrschafts-Gerichte (Tit. 191. §. 29. vergl. 40. §. 5.) oder beim Vorhandensein mehrerer Bürgen vor demjenigen Gardgerichte, wo die größere Anzahl angesessen war. Tit. 3, §. 5. 137, §. 9. Add. 69. §. 4.

insbesondre für den Gerichtsbürgen ursprünglich vor dem Gerichte, wo er gelobt hatte, später zunächst vor seiner Herrschaft. Tit. 138. §. 6 und 40. §§. 2. 3. 5. vergl. 191 §. 2. am Ende.

für den Flochfahrigen vor demjenigen Herrschafts-Gerichte, wo er gepfändet wurde, Tit. 191. §. 31. und endlich, im Fall das Herrschafts-Gericht und der Gardvoigt nicht richten konnten oder wollten, vor dem Landgerichte. Tit. 8, §. 5. 40, §. 3. vgl. 8, §. 7. (Pfändung des Zinsmannes für seinen Herren.)

---

22) Vgl. auch Tit. 192. §. 17. . . . edder de Pande würde höger upgebaden, alß he Löfftes besteitt. . . .

23) Vgl. auch 74. §. 20. rücksichtlich versetzter goldener oder silberner Pfänder.

Daneben galt bei der Pfändung um solche Forderungen, welche überhaupt der Gerichtsbarkeit der niederen Gerichte entzogen waren, — dazu gehörten öffentliche Lasten und alle Abgaben an den Kirchherren (Tit. 8. §. 4. Tit. 15. §§. 7. 8. Tit. 39. §. 6.) — auch für das Aufbieten der Pfänder die gleiche Befreiung. Tit. 191. §§. 1. 2. vgl. 192. §. 9.

Uebrigens hatte der Pfänder ein Aufbietegeld (Upbedelschilling edder Witten) zu entrichten, welches ihm danächst vom Schuldner bei der Hauptschuld erstattet wurde. Tit. 191. §§. 19 und 12.

2) Der Pfänder mußte dem Gepfändeten den Wiederkauf ansagen.

Dieß Geschäft finden wir regelmäßig nach dem Aufbieten der Pfänder genannt, und wir haben uns ohne Zweifel darunter eine feierliche Ankündigung der geschehenen Aufbietung der Pfänder zu denken, verbunden mit der Aufforderung, dieselben innerhalb der dazu vorgeschriebenen Frist wieder einzulösen.

Tit. 40, §. 4. 74, §. 12. 178, §. 2. (Pfändung wegen Schadens) Tit. 191. §§. 12. 13. 14. 22. Add. 40. (. . . vam Wedderkopesdage Frist hebben. . . .)

Bei der Pfändung für die schon öfter genannten bevorzugten Forderungen (öffentliche Lasten und Kirchenforderungen) sowie bei der Pfändung des Untersassen durch seine Herrschaft erfolgte die Ansage des Wiederkaufes vor der Thür, vor dem Thore. (Tit. 191. §§. 2. 3. 40.) Eine Bestimmung, bei der wir uns daran zu erinnern haben, daß das Mittelalter nicht selten die Gerichtsstätten überhaupt vor das Thor auf die Straße verlegte [24]), und welche dahin zu deuten sein wird, daß der Gepfändete, mochte er nun gegenwärtig sein oder nicht, durch lauten öffentlichen Ausruf zum Wiederkaufe aufgefordert wurde, ähnlich wie die Vorladung „der Unbesetenen, de dem Rechte den Rüggen gewen", dadurch erfolgte, daß die Formel der Ladung auf dem nächsten Kreuzwege laut ausgerufen wurde. Tit. 35. §. 1.

Wir können hieraus zugleich rückwärts schließen, daß die Ansage des Wiederkaufes bei nicht bevorzugten Forderungen (bei schlichter Schuld) in der Wohnung des Gepfändeten geschehen

24) Grimm, Rechtsalterthümer S. 804.

mußte, und werden nicht irren, wenn wir sie als eine Privathandlung des Pfänders betrachten. Tit. 178. §. 2.

..... Den Wedderkoep up dre Dage loeffwerdigen (glaubwürdigerweise) alß Wedderkoeps Kündigent Recht iß, laten ankündigen. ....

3) Die Wiederkaufsfrist dauert bei den Pfändern für die oft erwähnten besonders begünstigten Forderungen und bei den Pfändern, die um einen Fortgang gepfändet sind, nur Drei Tage, berechnet für jene vom Tage der Pfändung, für diese vom Tage der Aufbietung,

Tit. 191. §§. 2. 3. Tit. 200. §. 1. und 140. §. 3. vgl. für Pfändung wegen Schadens 153. §. 4 und 178. §. 2.

bei beweglichen Pfändern aber für alle andere Schuld 14 Tage, und 3 Tage (zusammen 17) vom Tage des angekündigten Wiederkaufes, Tit. 40, §. 5. 74, §§. 3. 4. 12. 191, §. 36. Add. 40 und 70. Und bei unbeweglichen Pfändern, wenn es ein Hof oder ein Erbe von 12 Morgen Ackers ist, Jahr und Tag, wenn es aber nur ein Kathen ist unter 12 Morgen Ackers, 4 Wochen und 3 Tage, gleichfalls nach angekündigtem Wiederkaufe. Tit. 191. §§. 13. 14.

.... men kündigt den Wedderkoep up IV Wecken und III Dage [25]) ....

---

25) Die Additamente 40 und 70 bemerken nachrichtlich, daß vor Alters alle beweglichen Pfänder binnen 3 Tagen verstanden seien, und daß dieß erst durch Degener Buggenhagen (Landvoigt bis 1520) mit fürstlicher Erlaubniß dahin abgeändert sei, daß bewegliche Pfänder für gemeine Schuld 14 Tage und 3 Tage stehen und vom Wiederkaufstage Frist haben sollten. Wahrscheinlich indeß haben wir in diesen Zusätzen das Machwerk späterer Abschreiber zu suchen, und es beruht wohl die ganze Bemerkung auf einer Verwechslung mit demjenigen, was der Verfasser in Tit. 40 vom Bröcke &c. &c. sagt. Es wird dort einer solchen Neuerung für Pfänder, welche dem Gerichtsbürgen für Bruch abgenommen werden, erwähnt; dieser mag man hienächst irrigerweise eine umfassendere Bedeutung gegeben haben. Eine so kurze Wiederkaufsfrist würde sich offenbar damit, daß das Rügensche Recht der Pfändung keine Mahnung voraufgehen ließ, und daß der Ablauf der Wiederkaufsfrist zugleich die Befugniß zum zu Rechte Rufen ausschloß

4) Während der Dingeltage (Wiederkaufsfrist Tit. 74. §. 3. 139. §. 4. 191. §§. 32. 40.) befanden sich die abgepfändeten Sachen im Besitze des Pfänders.

Wir haben zwar zu 1 gesehen, daß die Pfänder beim Aufbieten vor Gericht gebracht werden mußten, und man könnte deßhalb vermuthen, sie seien danächst in gerichtlicher Aufbewahrung verblieben. Das Gegentheil wird uns indeß auf das entschiedenste bezeugt.

Vgl. unter andern: Tit. 139. §. 1. Der paudet, der mag mit der Pande vor Gerichte kamen und dem Richter, . . . einen loeffwerdigen Börgen setten, da de Pande schall wedderkamen vor dat Gerichte . .

Tit. 139. §. 8. Wo nun de Richter dem Pander edder sinen Börgen alleine . . late antögen . . . so mag de Panderde Pande de ahne Unrecht, bei sick beholden. . .

Ueber die Besitz-Rechte des Pfänders erfahren wir, daß er gepfändete Habe, die ihm entlaufen oder entkommen war, holen durfte, wo er sie bekam oder fand, (Tit. 199. §. 33.) und daß derjenige, der Korn auf dem Halme abgepfändet hatte, seinerseits wegen zugefügten Schadens nicht blos dritte, sondern selbst denjenigen, dem er es abgepfändet hatte, pfänden durfte. Tit. 191. §. 24.

Die Pflichten desselben aber rücksichtlich der Pfandstücke werden dahin beschrieben:

Er darf sie nicht gebrauchen.

(Tit. 191. §. 23. vgl. §. 22. und wegen der um Schaden gepfändeten Sachen Tit. 153. §. 9 und 178. §. 8.)

muß sie bewahren und behandeln wie sein eigen Gut (Tit. 178, §. 1. 191, §. 24.), namentlich lebendige Pfänder — gegen eine Vergütung — mit Futter versehen, Tit. 191. §. 37. (vgl. Wilda S. 296.) und haftet zufolge jenes eigenthümlichen altdeutschen Grundsatzes über Erstattung zufälligen Schadens (vergl. Homeyer a. a. O. S. 60. 61.) nicht blos für Unrath d. i. für „unwetend edder

---

(siehe oben I. 1. und unten 5. a), gar nicht vertragen haben. Andere Partikularrechte wollen sogar außer der Mahnung noch mehrfach wiederholte Wiederkaufsfristen gewahrt wissen. Eichhorn, Privatrecht §§. 121. b und 188. i. k.

unvorsehnß" zugefügten Schaden (Tit. 177. insbes. §. 2.) sondern überhaupt für „alle Eventhuer und Schaden, so der Pande tho kamen kan, idt were denn Schade, den de Pander nicht könde keren, keine Orsake gere edder vorsümede." —

Tit. 191. §. 17. vgl. Add. 53. mit einigen Einzelnheiten, und für Pfändung wegen Schadens. Tit. 178. §§. 3—7.

Eine Aenderung in dieser Verhaftung trat nur ein, wenn der Pfänder die Pfandstücke gegen Bürgschaft einstweilen herausgab (siehe unten Nro. 6) und wenn der Gepfändete seine essenden Pfänder selbst mit Futter und Wartung versah. Add. 53. §. 4. vergl. 74. §. 3. Tit. 191. §. 37.

Unbewegliche Pfänder behielt freilich der Gepfändete im Besitze.

Tit. 191. §. 13. . . . Buwet, betert, seyet und ploget midler Tydt de Gepandede, ...

aber es traf den Pfänder, wie ihm der Vortheil des Bauens und bessern Säens und Pflügens danächst zu Gute kam, so aller Anfall oder Schade, den der Gepfändete nicht kehren konnte. Tit. 191. §§. 13. 16. Add. 52.

5) Hatte der Gepfändete, der wie wir gesehen (siehe oben II. 3.) keine Pfandkehr üben durfte, gegen die Pfändung etwas zu erinnern, so mußte er dieß im Wege Rechtens thun, indem er das Pfand oder die Pfänder (de Pande — sing. und plur.) zu Rechte rief.

Tit. 190. §. 2. . . . . vor dat, dat men neene Pandkehringe dohn schall, iß dat tho Rechte Ropent erfunden . . Tit. 191. §. 22. . . . wente. dem am pandende mißdünket, dem iß dat tho Rechte Ropent frey.

Das Einzelne hiebei ist folgendes:

a) Das zu Rechte Rufen war mit Ablauf der Dingeltage ausgeschlossen. Tit. 191. §§. 18. auch 15. 22 und Add. 40.

b) Zuständig für dieses Verfahren war dasjenige Gericht, bei welchem die Aufbietung stattgefunden hatte, oder hätte stattfinden sollen (Tit. 192. §§. 1. 9. vgl. 8. §§. 6. 7.) mithin das ordentliche Gericht des Gepfändeten und bei der Pfändung des Untersassen durch den Herren, der in seiner eigenen Sache nicht richten konnte, das Landgericht. Tit. 191. §. 41.

Es spricht sich hierin deutlich ein Festhalten an der Grundanschauung aus, daß der Pfänder sich durch die Pfändung sein Recht selbst nimmt, der Gepfändete mithin der Beklagte ist, der durch das zu Rechte Rufen seine Einwendungen geltend macht, und wir dürfen uns nicht daran stoßen, daß Letzterer hie und da Kläger genannt wird. Tit. 191. §. 41. 192. §§. 4. 6.

c) Die Gründe für das zu Rechte Rufen werden in folgende zwei Klassen getheilt: Der Gepfändete ruft zu Rechte
 aa. um eine Rechenschaft, d. h. wenn er etwas berechnen kann, was er auf die Schuld bezahlt hat, und sei es auch nur ein Heller. Tit. 192. §§. 3—5. 139. §. 12. (vgl. 75. §. 4.)
 bb. um ein Unrecht, wenn er sonstige Einwendungen in der Sache selbst zu machen, und wenn er etwas gegen die Pfändung zu erinnern hat, als:

. . . „de Cleger (nämlich der Gepfändete) besteit em nicht, edder hefft Frist, edder will bethalinge nabringen, edder de Schuld iß vorwisset, se iß thogegeven edder up dat nye vorborget und de ersten Bürgen würden gepandet, edder de Schuldener hefft, lenger Dach, . . . edder he iß moth willigen overköfft, . . . item dat pandet einer up einen hilligen Dach . . . item up den Avend na der Sunnen; Summa, so öfften de Schuldiger dem Gelövigen nicht besteit, dat he der Pande Macht hefft gedahn." . . . Tit. 192. §§. 6—8. 17.

Außerdem ist zu bemerken:
 cc. daß der um Fortgang Gepfändete, „up Erkenntnisse siner Noth" zu Rechte ruft, „wenn de Pander so geschwinde fürdert, . . . und (der Börgen) Prinzipal hefft billige Insage, de Noth vorhindert en, edder idt were em nicht moge lick tho holden. . . . Tit. 140. §. 5.

d) Der Gepfändete, dem solche Gründe zur Seite stehen, zeigt dem Richter an, daß ihm bei der Pfändung Unrecht geschehen sei, und bittet ihn, er möchte die Pfänder zu Rechte kommen lassen.

Dabei brauchte er nur anzugeben, ob er um ein Unrecht oder um Rechenschaft zu Rechte rufe, und er hatte — nach älterer Anschauung — nicht nöthig, genau „wat Orsake und warumb" anzugeben. Später, wird uns gesagt, geschah in diesem Punkte oft Unrecht, man wollte von dem armen Unverständigen, der allein

stand, hören, was Ursache und warum, und konnte er das nicht so vorbringen, als er wohl sollte, so mußte er verbüßen, wenn er auch schon doppelt Recht hatte. Tit. 192. §§. 13. 14.

e) Der Richter läßt dann dem Pfänder oder dem Pfandbürgen (siehe Nro. 6.) wissen, daß der Gepfändete die Pfänder zu Rechte gerufen hat, „mit Antöginge der Sacke", und bestimmt ihm dabei zugleich einen Rechtstag, welcher Mittheilung jedoch jener keine Folge zu geben braucht, wenn der Richter etwa versäumte, anzuzeigen, worauf die Pfänder zu Rechte gerufen sind, oder wenn er dabei keinen Rechtstag verordnete. Tit. 139. §§. 7—9.

f) Wird mit Fuge zu Rechte gerufen, so verfällt der Pfänder in eine Buße, mindestens in die einfache Strafe des Unrechts (185. §. 2.), mitunter auch in eine noch höhere, wovon jedesmal dem Gepfändeten als Kläger ein Antheil gebührt (vgl. für den Fall der Rechenschaft Tit. 192. §§. 4. 5. 139. §. 12.), wobei jedoch der Pfänder, falls er beim Aufbieten gesagt hat, daß er dem Gepfändeten gönnen und gestatten *wolle*, was er ihm mit Rechenschaft oder mit Rechte entringen möchte, von Strafe frei ist,

für den Fall des Unrechts Tit. 192. §. 8. 139. §§. 4. 10. 189. §. 1. 191. §§. 6. 7. 41. und insbesondere, wenn wegen bezahlter Schuld gepfändet worden. Tit. 191. §§. 38. 39. in Verbindung mit 75. §. 6.

Umgekehrt aber mußte auch der Gepfändete, wenn er mit Unrecht zu Rechte gerufen hatte, eine — gleichfalls verschieden abgestufte — Buße erlegen. — Tit. 192. §. 8. 139. §. 11. 140. §. 5.

g) Neben dem allen hatte die Herrschaft des Gepfändeten eine selbstständige Befugniß, die ihren Untersassen abgenommenen Pfänder zu Rechte zu rufen, wenn sie dadurch in ihrem Rechte nach irgend einer Richtung hin gekränkt war, als:

Würde . . . jemand sin Buhr gepandet ahne der Herrschop Verloeff edder de Pande würde vor em nicht up gebaden, idt were ein armer Geselle edder ein Unmündiger, edder sonst ein dem men sin Gerichte vorschmaden wolde edder vorschmadet. . . . Tit. 192. §. 9.

Die Herrschaft forderte dann die Pfänder zunächst vor ihr

Gericht, und zwar wenn die Pfänder nicht verderblich waren, oder sonst die Sache keinen langen „Rechtprank" warten konnte, dreimal, und sodann wenn der Pfänder nicht vorkommen wollte, vor das Fürstliche (Gard- oder Land-)Gericht, wo dann der Pfänder, je nachdem er einmal oder mehrfach gefehlt hatte, in die einfache oder in die doppelte Strafe des Unrechts verfiel. Tit. 192. §. 12.

6) Sowohl der Pfänder beim Aufbieten der Pfandstücke als der Gepfändete beim zu Rechte Rufen der Pfänder mußten dem Richter einen oder mehrere Bürgen stellen. Der Bürge des Pfänders heißt der Pfandbürge, der des Gepfändeten wird genannt der Bürge für das zu Rechte Rufen oder der zu Rechte Rufung, auch der Bürge, der da gelobt hat auf das zu Rechte Rufen. Tit. 139. §§. 1. 2. 10. und das. §§. 6. 11. 192. §. 16.

Diese Bürgen hatten im Allgemeinen die Stellung der Gerichtsbürgen (vgl. oben I. 3. b.). Wie diese die doppelte Pflicht hatten, einmal das Gerichts-Protokoll zu sein und sodann dafür zu haften, daß ihr Hauptmann dem Rechte nach lebe und insbesondere den ihm auferlegten Bruch an den Richter und Gegner entrichte: so sollte der Pfandbürge behalten und im Fall der Nothdurft mit seinem Eide einbringen, wie hoch, wie theuer und mit was Weise die Pfänder aufgeboten worden, Tit. 139. §. 2. 192. §. 3, und der Bürge für das zu Rechte Rufen nicht vergessen, warum das Pfand zu Rechte gerufen worden, Tit. 139. §. 6. 192. §. 1, beide aber hafteten für das Unrecht, welches beziehungsweise der Pfänder für unbefugte Pfändung oder unrichtiges Verfahren und Aufbieten, und der Gepfändete dafür, daß er mit Unrecht zu Rechte gerufen, zu verbüßen hatten. Tit. 139. §§. 10. 11. 192. §§. 11. 16.

Das unterscheidende Merkmal (wiewohl gleichfalls jener zweiten Pflicht des Gerichtobürgen nach ihrer allgemeinen Seite hin entsprechend) ist beim Pfandbürgen die Verhaftung dafür, daß das Pfand, sowie es aufgeboten wird, wieder vor das Gericht kommen soll und genießen und entgelten, was Recht ist (Tit. 139. §. 1.) und beim Bürgen des zu Rechte Rufens das Halten dafür, daß das Pfand (wenn der Pfänder es gegen Bürgschaft einstweilen freigibt siehe Nro. 7.) so gut, als es zu Rechte gerufen wird, wieder einkommen soll, und überhaupt für Alles, was danächst über die Pfändung erkannt wird. Tit. 139. §. 5. 192. §. 1.

7) Der Pfänder war schuldig, dem Gepfändeten die zu Rechte

gerufenen Pfandstücke gegen Bürgschaft einstweilen wieder heraus zu geben. Tit. 139. §. 3. 191. §. 35. 74. §. 3.

Diese Bürgschaft galt für geleistet: einmal, wenn für die Hauptschuld Bürgen vorhanden waren. Denn diese wurden ihres Gelöbnisses nicht eher frei, als bis die Pfänder, welche sie dem Gläubiger „gebört" hatten, die Dingeltage über unangefochten geblieben waren (s. unten Nro. 9.), Tit. 139. §. 4. sodann, wenn der Bürge des zu Rechte Rufens die Verhaftung für das Wiedereinkommen der Pfänder in seinem Gelübde nicht ausdrücklich ausgenommen hatte, und vermögend genug war. Tit. 139. §. 5. 192. §. 15.

War weder das Eine noch das Andere der Fall, dann brauchte der Pfänder die Pfandstücke nicht ohne besondere Bürgen verabfolgen zu lassen. Tit. 139. §. 5. am Ende.

Vorausgesetzt wurde bei alle dem, daß die Bürgen diejenige Tauglichkeit besaßen, welche für Gerichtsbürgen erforderlich war. Tit. 192. §§. 15. 16. (27. §. 19.) vgl. für Pfändung wegen Schadens Tit. 153. §§. 5. 6.

Man nannte dieses Bürgschaft leisten „van Sticken (Stücken) borgen," und gebrauchte den Ausdruck in der Form von: „sick van Sticken borgen" auch für das Bürgschaft bestellen auf Seiten des Gepfändeten. Tit. 191. §. 36. Tit. 74. §. 3.

Die Bedeutung dieser Bürgschaft beschreibt §. 35. Tit. 191. dahin, daß der Bürge die geborgten Pfänder oder genügende andere wieder überantworten oder die Schuld bezahlen mußte, der darauf folgende §. 36. aber — offenbar ein berichtigender Zusatz des Verfassers bei späterer Ueberarbeitung — beschränkt die alternative Verpflichtung auf das Bezahlen der Pfänder, so hoch sie mit Rechte gewürdigt werden.

Für die an Stelle der früheren überlieferten anderen Pfänder fand ein neues Aufbieten oder Borgen nicht Statt, vielmehr durfte der Gläubiger sofort seine Befriedigung auf dem Wege des Verkaufes suchen. Tit. 191. §. 36 [26]).

---

26) „Die se borget, moth Gelt edder Pande dem Löviger overantworten, wenn III Dage und XIV umb sint, und wo se vorm Richter sint upgebaden und borget, he dorffs nicht und de Löviger mach se thor Stundt vorköpen, und de Borgen sin loß." Der Zwischensatz: „wo sie vorm Richter sint up geberden und borget," kann

Daß übrigens das Herausgeben der Pfandstücke den Pfänder von der Verhaftung für Unrath und sonstigen Schaden befreite, ist bereits oben unter Nro. 4. bemerkt.

8) Die Befriedigung des Pfänders aus den Pfandstücken für die Forderung, derentwegen er gepfändet hatte, geschah in dreifach verschiedener Art und Weise:

a) Dadurch, daß die Pfänder, wenn sie innerhalb der Dingtage nicht mit Erfolg zu Rechte gerufen waren, als dem Gläubiger übereignet galten, also durch stillschweigend erfolgte Uebergabe an Zahlungsstatt.

Tit. 191. §§. 22. 23. ..... de Pander na vorlopenen Dingeldagen brucket sick der Pande glick sines eigenen Gudes, ...

Nemandt mach sich gepandeder Hafe edder Güder, dewile de mit Rechte nicht sint vorstahn und voregent, ahne Unrecht gebrucken.

Tit. 192. §. 16. ..... de Schuldtborgen worden nicht eher eres Schultlöfftes entfryet, eher de Schult betalett, was edder de Pande dem Löviger mit Rechte was vorstahn und voregent ......

vergl. auch Tit. 151. §. 1. und für die Pfändung wegen Schadens 178. §. 2. am Ende.

Hieran schließt sich die Vorstellung, welche in der Pfändung einen Kauf erblickt. Tit. 74. §. 4. (Schadepande köpen) und Tit. 192. §. 6. (mothvilligen overköfft) vergl. oben unter I. 5. und die Ausführung weiter unten.

b) Dadurch, daß der Pfänder selbst das Pfand verkaufte, sei es nun öffentlich oder nicht öffentlich.

Tit. 160. §. 9. ...... wor einer, he sy Adell edder Börger, sülvest över Pande richtet ..... dar mag he ock eine Marktstede, de Pande tho vorkopen, dem Pander verlöven ....

Tit. 191. §. 12. ..... de Pander ..... vorköfft idt im Markede alß he dürest kan

wohl nur auf jenen Fall des Vergleiches, wo der Gepfändete auf das Aufbieten und den Wiederkauf verzichtet hat (siehe oben I. 2. c.), bezogen werden, da sonst unaufgebotene Pfänder nicht vorkommen konnten.

Tit. 191. §. 36. ..... de Löviger mag se thor Stunt verköpen ......

c) Durch gerichtlichen Verkauf. Tit. 140. §. 3. 160. §. 5. 191. §. 20. vergl. für Pfändung wegen Schadens 153. §. 4. am Ende.

Möglich bleibt es freilich, daß die unter b gedachten Ausdrücke sich auch auf den gerichtlichen Verkauf, bei dem der Pfänder als Verkäufer behandelt werden mochte, beziehen sollen, und es wäre dann nur als an sich wahrscheinlich zu bezeichnen, daß neben dem einfachen Vereignen an den Pfänder auch ein Verkaufen durch ihn ohne Dazwischenkunft des Gerichts stattgefunden hat.

Das Verhältniß dieser verschiedenen Mittel und Wege zu einander hat man sich wohl in nachstehender Art zu denken: Ursprünglich wird der gerichtliche Verkauf die Regel gewesen sein; denn wir hören, daß in älterer Zeit an den mit den Märkten zusammenfallenden Rechtstagen der Gardgerichte alle Pfänder, „so in anderer Herrschop des Adelß und anderer Lüde, Buhren affgepandet und nicht vorm Gerichte weren gewiset" (an Zahlungsstatt angewiesen?) „edder dar men neenen Köper konde bekamen," vor das Gard- und Marktgericht zu Kaüfe kommen mußten. Tit. 160. §. 5. vgl. das. §. 9. Tit. 191. §. 20.

Da indeß dieser Weg für manche Fälle, namentlich wenn es sich nur um unbedeutende Pfänder handelte, zu umständlich erscheinen mochte, so kam es wohl zunächst durch beiderseitige Abrede und sodann durch Verwandlung des häufigen Gebrauches dieses Ausweges zu einer Rechtssitte dahin, daß dem Pfänder gestattet wurde, den Verkauf aussergerichtlich je nachdem er einen Käufer fand zu bewirken; und zuletzt befreite man dann den Pfänder auch ganz von der Verpflichtung zu verkaufen. So sagt auch das Add. 70.

...... man wolte oldinges das keine Pfande, was es wolte, dem Cläger vereignet werden .....

Und wenn es daselbst weiter heißt:

undt das (nämlich das Vereignen) wolte man wehr achten, wo das Pacht oder sonsten andere Pfande besonder Gerechtigkeit oder uber (unter oder das lateinische de?) zwo Pfunt das sint 40 Schilling belangete,

jedenfalls aber so viel feststeht, daß Grundstücke öffentlich im Markte so theuer als möglich verkauft wurden (Tit. 191. §. 12.), so wird man

nicht fehlgreifen, wenn man annimmt, daß jenes Vereignen und der Privatverkauf nur bei Pfändern geringeren Werthes stattfanden, denn jene Pfänder besonderer Gerechtigkeit (kirchliche und öffentliche Abgaben und Lasten) werden meistentheils auch nur kleinere Forderungen zu decken gehabt haben. Ohnehin wird bei größeren Beträgen das beiderseitige Interesse auf den öffentlichen Verkauf hingetrieben haben.

Für den Verkauf gepfändeter Grundstücke wird ausdrücklich hervorgehoben, daß das über die Schuld herauskommende Geld dem Schuldner gehöre, der Pfänder aber, falls er nicht zukomme mit dem Pfande, nach zuvor erbetener richterlicher Erlaubniß mehr pfänden dürfe und alsdann der Wiederkauf wegfalle. Tit. 191. §. 12.

Unbedenklich dürfen wir diesen Vorschriften eine allgemeine Bedeutung für jeden gerichtlichen Verkauf von Pfändern geben, für den Fall des Vereignens aber dem Gepfändeten das Recht zuschreiben, wegen übermäßiger Pfändung zu Rechte zu rufen. Auf eine Befugniß dieser Art werden die oben bereits angezogenen Worte des §. 6. Tit. 192.

.... edder he iß moth willigen overköfft

zu deuten sein, indem überkauft für überpfändet zu nehmen sein dürfte (vergl. die obige Bemerkung zu a). Die Gerichte scheinen aber in dieser Beziehung sehr nachsichtig gegen den Pfänder gewesen zu sein; denn im Abb. 70. klagt der Schreiber, daß in Rügen sehr nach Gunst gepfändet worden, und einem armen Teufel, dem die Herrschaft oder sonst einer nicht gut sei, um einen Gulden Schuld Pfänder zum Werthe von 10 Gulden abgenommen würden, ja wohl drüber, was mehr türkisch als christlich sei. Auch wird Tit. 151. §. 1. des Falles gedacht, wo einem Bürgen für einen Anderen Pfänder, die besser seien als die Schuld, wofür er gelobt, verstünden — ein Schade, welchen der Schuldner zu tragen habe, wobei man freilich auch bloße Versäumniß des Schuldners im zu Rechte Rufen voraussetzen könnte. — Daß übrigens nach dem Allen Ausdrücke wie die folgenden:

.... de Richter richtet se (de Pande) nit Market, men verköfft se up drey Dage negst thovorstande. Tit. 140. §. 3.

..... Men richtet se (de Pande) em in dat Market, up drei Dage tho vorkopende und den Wedderkoep in der Tydt tho gewarende. Tit. 153. §. 4. (Pfändung wegen Schaden)

in verkürzter Redeweise nichts anders sagen wollen, als daß dem Pfänder erlaubt sei, nach Ablauf der 3tägigen Wiederkaufsfrist zum Verkaufe zu schreiten; und daß nicht etwa Aufbieten und Verkaufen in ein Geschäft zusammen gefallen seien, das ergibt sich aus dem, was wir über die gegenseitigen Rechtsverhältnisse während der Wiederkaufsfrist erfahren haben, sowie daraus, daß in anderen Stellen beide Geschäfte ausdrücklich getrennt erscheinen. Z. B. Tit. 191. §§. 12. 36. zur Genüge.

Bemerkenswerth ist endlich noch das Verfahren, welches bei der Einweisung des Pfänders und des Pfandkäufers in das abgepfändete Grundstück beobachtet wurde. Es heißt: Tit. 191. §. 15. wie folgt:

> Wo nicht in obengemelter Tydt solke Pande vom Pander entsettet und gefryet würden, so mag de Pandeköper de Herrschop darunder de Pande belegen, anspreken, und de iß schuldig, dat se den Pander inwiset, eme den pandeden Hoff edder Kate, wie Recht, umb eine billige Vorlatinge dem Koepmanne vorleth und darby handhavet. De Schuldige edder Panndede moth binnen IV Weken darna den Hoff edder Erve, den Katen binnen XIV Dagen negst entwyken, wo nicht he deith Unrecht, de Herschop mach en uth werpen und de Köper thüt up ahne Unrecht. Wo de Pandede sick der Vorlatinge weyerde, dwinget men em mit Rechte und gifft dat Gerichte schriftlike Bekenntnisse.

9) Erst wenn solchergestalt die Pfandverfolgung dadurch, daß genügende Pfänder die Wiederkaufsfrist über gestanden hatten, ohne dem Pfänder mit Rechte entbracht zu sein, erschöpft war, und wenn das Ergebniß des Pfandverkaufes keine Nachpfändung erforderlich gemacht hatte, insbesondere auch unbewegliche Pfänder dem Pfandkäufer gehörig verlassen waren: galten der Schuldner und seine Bürgen als befreiet von ihrer Schuld, beziehungsweise ihrem Gelöbnisse. Tit. 137. §. 7. 139. §. 4. 191. §§. 12. 18. 35. und 36. 192. §. 16. womit denn alle aus der Pfändung entstandene Rechtsverhältnisse ihre Erledigung gefunden hatten.

Nachdem wir so die Lehre von der Pfändung wegen Schuld im Zusammenhange übersehen haben, mag anhangsweise noch die

Bemerkung ihre Stelle finden, daß im Rügen'schen Landgebrauche die Pfändung wegen Schadens ganz wie eine Unterart der Pfändung wegen Schuld behandelt wird.

Nicht allein, daß die Nachrichten darüber verhältnißmäßig spärlich sind (nur die beiden kurzen Titel 153 und 178 handeln davon): so lehnt sich die Darstellung durchaus an die für die Pfändung wegen Schuld gegebenen Vorschriften an; es wird sogar ausdrücklich darauf als auf das Allgemeine hingewiesen:

178. §. 2. .... glickest anderer Pande verköpen, den Wedderkoop up dre Dage ..., alß Wedderkoopes Kündigent Recht iß, laten ankündigen ....

Das Besondere für die Pfändung wegen Schadens ist vornehmlich nur das, daß die Pfändung stattfindet gleich in dem Augenblicke, wo die Forderung, die dem Pfänder wegen des erlittenen Schadens zukommt, entstanden ist, der Gepfändete aber erst nachträglich sowohl von seiner Schuld als von der vorgefallenen Pfändung Kenntniß erlangt. Aus diesem Umstande dürfte die Bestimmung zu erklären sein, daß der Pfänder demjenigen, dem die „Hafe" gehörte, wenn er ihn kannte, Nachricht zugehen lassen mußte, ehe er zur Aufbietung der Pfänder schritt, daß er aber für den Fall, wo ihm der Eigenthümer des Viehes unbekannt war, zuvor eine Frist von 24 Stunden abzuwarten hatte. Tit. 153. §. 4. 178. §. 2.

War das eine oder das andere vorausgegangen, ohne zur gütlichen Erledigung der Sache geführt zu haben, so trat nun ganz das Verfahren ein, welches wir für die Pfändung wegen Schuld kennen gelernt haben.

Es erfolgte zunächst das Aufbieten der Pfänder, so hoch, als der Beschädigte den Schaden achtete, — hier jedoch nicht im ordentlichen Gerichte des Gepfändeten, sondern vor dem Dorf-, Herrschafts- oder Gard-Gerichte, wo der Schaden geschehen war — sodann das Ansagen des Wiederkaufes, welcher 3 Tage dauerte, und endlich nach Verlauf dieser Frist das Vereignen oder Verkaufen des gepfändeten Viehes. Tit. 153. §. 4. 178. §. 2.

Daneben geschieht auch hier eines förmlichen Rechtsverfahrens für den Fall Erwähnung, wo der Gepfändete, sei es den verursachten Schaden überhaupt oder die Höhe desselben bestreitet. Tit. 153. §§. 13. 4. 178. §. 2.

Ferner wird gedacht des Verbotes für den Pfänder, „die Hafe,"

bevor sie vereignet sei, zu gebrauchen, und nicht minder seiner Verhaftung für Unrath und „Eventheur." Tit. 153. §. 9. 178. §. 8. und 178. §§. 3—7.

So wie endlich auch jenes Freigeben der Pfänder gegen Bürgschaft bis zum Ablaufe der Dingeltage zuläßig war. Tit. 153. §§. 5. 6. 178. §. 4.

Ueberall haben wir also den Beschädigten als pfändenden Gläubiger und den Eigenthümer des Viehes als gepfändeten Schuldner.

Fragt man nun nach dem Allen, was aus dem Rügen'schen Pfändungsrechte im Lauf der Zeit geworden sei: so dient dabei schon die allgemeine Thatsache als Antwort, daß der Landgebrauch überhaupt sich nicht mehr in Uebung befindet.

Bis in das vorige Jahrhundert hinein gab es nicht einmal Abdrücke davon, und die beabsichtigte gesetzgeberische Ueberarbeitung desselben ist nicht zu Stande gekommen [27]).

Die Commissionsakten des Trib.-Präsidenten Grafen *Putbus* [28]), welcher jene gesetzliche Richtung gegen die Mitte des vorigen Jahrhunderts vorzunehmen hatte, ergeben indeß, daß sich das Gedächtniß an außergerichtliche Pfändung wegen Schuld damals noch nicht völlig verloren hatte.

Es wird darin nachrichtlich bemerkt, daß man noch viele vestigia vorfinde, wie der Bischofs-Roggen von denen debitoribus .... auf solche Art (nämlich ohne richterliche Auktorität) beigetrieben worden sei, und nicht weniger Pächte und Zehnten 2c., welche privati von Andern gültig zu fordern gehabt, auch daß die Kirchspiels-Pfändung bei Kirchen und Pfarrbauten mit Nutzen annoch gebraucht sei.

Seitdem aber ist jede Spur davon verschwunden, und man wird nur als Nachwirkungen der alten Pfändung wegen Schuld das sog. perpetuum executoriale der Kirchen, Schulen, Hospitalien und Pastorate, so wie der Universität Greifswald, und eine Eigenthümlichkeit des Stralsunder Arrest-Prozesses zu betrachten haben.

Jenes besteht in dem Rechte, Forderungen, welche entweder per instrumenta guarentigiata, confessiones debitorum, Visitations-

---

27) Vgl. Homeyer a. a. O. S. 47.

28) Dieselben befinden sich im Privat-Archiv des Fürsten zu Putbus.

Prozesse, Matrikeln begründet, oder sonst für liquide und unstreitig zu erachten sind, ohne Anruf des Richters sofort durch den Hof-Gerichts-Exekutor von dem Schuldner beitreiben zu lassen. Auf Rügen findet dabei die Besonderheit Statt, daß der Antrag auf Vollstreckung der Exekution an den Landvogt, jetzt an das Kreisgericht zu Bergen — also nicht unmittelbar an den Landreiter gerichtet werden muß, augenscheinlich ein unverstandener Nachklang der oben unter I. 2. b besprochenen Bestimmungen des Landgebrauches, indem das, was früher eine Erleichterung gewähren sollte, der Beistand des Gerichts, jetzt zu einer Erschwerung geworden ist [29]).

Im Stralsunder Arrest-Prozesse aber dürfte die auffallende Zulassung eines, selbst ohne zuvor erfolgte Anrufung des Gerichtes eigenmächtig zu bewirkenden Arrestschlages auf die Güter eines fremden Schuldners nur eben zu erklären sein, wenn man sie als Nachkömmling jenes Pfändens und Anhaltens in der Stadt, worüber nach Obigem (II. 4.) schon zur Zeit der Abfassung des Landgebrauches Streit obwaltete, betrachtet [30]).

Endlich möchten wir auch noch den §. 14. der Hofgerichtsordnung für das Herzogthum Vorpommern und das Fürstenthum Rügen von 1672 Thl. III. Tit. 1. hieher rechnen, sofern es darin heißt, daß der Exekutor die fahrende Habe und beweglichen Güter den Schuldnern sofort abzunehmen habe, „es wäre denn, daß der Beklagte sich erböte oder erklärte, in 14 Tagen zu lösen oder dafür ein Mehreres zu schaffen," wo ihm eben, „wenn er dessen genugsam Bürgen stellet oder Versicherung" thäte, die Sachen gelassen werden sollen. Wir finden darin die alte Wiederkaufsfrist (mit Weglassung der Zugabe der drei Tage) und das Bürgen der Pfänder wieder.

---

29) Vergl. über das perpetuum executoriale das Provinzialrecht des Herzogthums Neu-Vor-Pommern und des Fürstenthums Rügen I. Thl. 3te Abthl. S. 34 ff. und die Motive dazu im IV. Theil S. 50 ff.

30) Vergl. die Stralsunder Gerichts-Ordnung Tit. 33. von Arresten. §§. 2. 5. 10.

VIII.

Der Sachsenspiegel und das Bergregal.

Von

Julius Weiske.

In Bd. X. S. 62 u. ff. dieser Zeitschrift findet sich von Sachße eine interessante Abhandlung „über das Alter des Sachsenspiegels." Da diese zum Theil gegen die von uns früher ausgesprochene Ansicht über das Alter des gedachten Rechtsbuches ist, so könnten wir Veranlassung nehmen, uns über denselben Gegenstand nochmals zu verbreiten. Wir thun dieß aber nicht, und zwar schon deßhalb nicht, weil wir glauben, daß dieser Streit dem größeren juristischen Publikum ein unerquicklicher erscheinen möchte. Nur das Eine bemerken wir, daß, wie schon von Anderen erinnert worden, es nunmehr auf dem Gebiete der Forschungen über den Sachsenspiegel an der Zeit sein dürfte, in ähnlicher Weise, wie dieß hinsichtlich der libri feudorum geschehen ist, auf die einzelnen Bestandtheile und die Zusammensetzung des Rechtsbuches das Augenmerk zu richten, was keineswegs blos für die Ermittelung des Alters desselben von Bedeutung sein würde.

Der Sachsenspiegel ist unserer Ueberzeugung nach ursprünglich ein weit kleineres, lateinisch geschriebenes Rechtsbuch gewesen, welches erst mit dem Art. 4. des Buches 1 begann (dieß wird auch durch Handschriften unterstützt) und etwa mit der Mitte des zweiten Buches endete, oder wenigstens von da an im wesentlichen aus späteren Nachträgen besteht.

In dieses kleinere Rechtsbuch ist Manches später eingeschoben worden, was wir schon aus der Quedlinburger Handschrift ersehen, und dahin dürfte auch I. 25. gehören (vgl. Beseler, deutsches Pri-

vatr. §. 44. Note 8), also die Stelle, die von den grauen Mönchen handelt, und aus der Sachße namentlich folgert, daß der Sachsenspiegel nicht vor 1226 geschrieben sein könne.

Der Sachsenspiegel, wie er uns jetzt vorliegt, gehört dieser Gestalt nach gewiß in das 13te Jahrhundert; dieß haben wir auch nie bezweifelt oder bestritten. Nur um die Zeit seiner ursprünglichen Abfassung handelt es sich. Wenn wir die hier nicht weiter zu begründende Ueberzeugung aussprechen, daß unser Rechtsbuch seiner ersten Anlage und Abfassung nach schon mit der Mitte des zweiten Buches im wesentlichen geendet haben möge, so führen wir dafür nur noch an, daß sich von da ab häufig Wiederholungen des schon Gesagten oder Nachträge zu demselben vorfinden; auch ist es ja bekannt, daß sehr häufig die deutschen Rechtsquellen in dieser Weise vervollständigt wurden. Wir erinnern nur noch, — was zugleich zur Unterstützung des oben Vorgebrachten sowohl, als auch bei Ermittelung des Alters des Rechtsbuches nicht außer Acht zu lassen ist, — daß sich Sachsenspiegel II. 39. §. 2. folgendes findet: Swilch wegvertig man korn uf deme velde vreczet und ez nirgen en vuret, der gelde den schaden nah sime werde. II. 68. heißt es aber: Erligt deme wekvertigen manne sin phert, her muz wol korn sniten und ime geben, also verne als erz gereichen mag stende in me wege mit eime vuze; her en sal ez aber nicht dannen vuren. Vgl. den Landfrieden Friedrich's I. §. 23. und II. F. 27. §. 20.

Da endlich der Sachsenspiegel den Zehnten unbedenklich als in den Händen der Laien befindlich ansieht, so läßt sich kaum annehmen, daß er während des bekannten Zehntstreites abgefaßt sein kann. Wir meinen daher, daß seine erste Entstehung vor das Jahr 1179 zu setzen ist, und glauben, daß die späteren Zusätze in dieser Lehre aus einer Zeit stammen, etwa um 1220, in der die Erinnerung an jenen Streit schon wieder verwischt war. — Auch die Bestimmungen über das Münzwesen können noch zu einem Anhaltpunkte benutzt werden.

Bei dieser Gelegenheit verabsäumen wir nicht auf die Abhandlung von Klöden „über die Zeit der Abfassung des Sachsenspiegels und seinen Verfasser," in dessen „diplomatischer Geschichte des Markgrafen Woldemar in Brandenburg" 1844 Thl. I. S. 383—394 aufmerksam zu machen, zumal da wir sie noch von keinem Germanisten

berücksichtigt gefunden haben. Klöden bemerkt, daß Graf Hoyer von Valkenstein (nicht Falkenstein) urkundlich von 1215—1250 vorkommt. Er verwaltete erblich das Vicegrafenamt in dem nördlichen Theil der Grafschaft Biblingshöhe (dem alten Nordschwabengau) welches er von dem Markgraf von Brandenburg hatte. Ecko von Repchow findet sich urkundlich von 1209—1233, er kommt auch mit Hoyer zugleich in Urkunden vor. „Ecko war Schöffe in der unmittelbar an Hoyers Vicegrafschaft stoßenden Vicegrafschaft der Grafen von Dornburg, nämlich der südlichen Hälfte der den Markgrafen von Brandenburg gehörigen Grafschaft Billingshöhe." Ecko stammte allerdings aus dem Anhaltischen, allein es ist nicht erweislich, daß er, wie man gewöhnlich annimmt, anhaltischer Vasall gewesen sei, ja nicht einmal, daß er im Anhalt'schen gelebt habe. Klöden hält ihn für einen Brandenburger Vasallen.

Aus diesen im Wesentlichen schon bekannten Thatsachen folgert nun Klöden, gestützt auf die hieher gehörige Stelle der Vorrede zum Sachsenspiegel, daß der letztere zwischen 1215 und 1250 oder 1233 entstanden sein müsse. Nur 1215 soll er deßhalb nicht geschrieben sein, weil Hoyer nicht eher in Urkunden, in so weit sie auf uns gekommen sind, erscheint; auch beruft sich Klöden auf Sachsenspiegel. I. a 3 a. E.

In Bezug auf den Ort der Entstehung des Rechtsbuches nimmt Klöden nicht Anhalt, sondern die Grafschaft der Grafen von Dornburg an. Der Sachsenspiegel soll von Ecko erst lateinisch verfaßt und dann in's Teutsche übersetzt sein; und zwar in den dortigen Dialect, den niedersächsischen oder niederteutschen.

Daher sollen auch die hochteutschen Handschriften einige Worte unrichtig wiedergeben z. B. II. 47. reinisch für rensch. — Wir begnügen uns mit der Mittheilung des Inhaltes dieser Abhandlung.

Noch sei hier bemerkt, daß Schaumann, „Geschichte der Grafen von Valkenstein" 1847 in der Vorrede erklärt: er habe nach Durchforschung verschiedener Archive u. s. w. in Bezug auf den Sachsenspiegel nichts Neues zu entdecken vermocht. Er verbleibt daher bei der von ihm und von mir vertheidigten Ansicht (S. 53). Wir heben aus den von Schaumann mitgetheilten Urkunden noch folgende Stelle einer Urkunde vom Jahr 1330 (S. 203) hervor, in der es heißt: renuntiamus omni iuri — terrarum et pa-

triae statuto consuetudinibus quibuscunque etc. Sollte unter diesem statutum nicht unser Sachsenspiegel zu verstehen sein?

Was die Zeit der Entstehung des Sachsenspiegels betrifft, so erinnern wir schließlich noch, daß, wie allerdings auch schon von Aelteren bemerkt worden ist, Brant von Tzerstede Slotel zum Landrecht App. Nro. I. S. 227 dieselbe in das Jahr 1158 setzt, was auch von Mehreren vertheidigt worden ist.

Wenn unter den Gründen, die für ein höheres Alter des Sachsenspiegels sprechen, als man gewöhnlich annimmt, von uns der mit aufgeführt worden ist, daß das Rechtsbuch das Bergregal noch nicht anerkenne, was jedoch Sachße a. a. O. und Steinbeck, in der Zeitschrift Bd. XI. S. 254 ff. zu bestreiten suchen, so kommen wir auf diese Stelle zurück, nicht eben um aus ihr etwas für das Alter des Sachsenspiegels abzuleiten (dieses Absehen möchte zur unparteiischen Auffassung der Stelle nöthig sein), sondern lediglich im Interesse der geschichtlichen Entwickelung des Bergregals selbst. Der schon oft und seit langer Zeit besprochene Art. 35 Bch. I. lautet so: §. 1. Al schacz, under der erden begraben tiefer den ein phlug ge, der gehoret zu der kunglichen gewalt. §. 2. Silber muz ouch nichein man brechen uf eines andern mannes gute ane des willen, des die stat ist; gibt erz aber urloub, die vogedie ist sin dar uber.

Bei der Erklärung dieser Stelle hängt Alles davon ab, ob man von der Ansicht ausgeht, daß sich der ganze Artikel mit einem und demselben Gegenstande beschäftige oder nicht. Bejaht man dieß, wie von vielen, keineswegs aber von allen, älteren Auslegern geschehen ist, so nimmt man Schatz für Bergwerksgut und übergeht dann die Bestimmung des §. 2 mit Stillschweigen. Sachße, und vor ihm schon Steinbeck (Geschichte der schlesischen Bergwerksverfassung 1827 S. 57 ff. vgl. des letzteren Abhandlung in dieser Zeitschrift a. a. O.) schlagen aber noch einen dritten Weg ein. Sie verstehen die Stelle so: Fossilien, namentlich Silber, sind regal, es darf jedoch dasselbe Niemand ohne Zustimmung des Grundherren abbauen. Gestattet dieß der Letztere dem dritten, so gebührt dem Grundherrn die Voigtei. Der Vollständigkeit halber gedenken wir noch, daß in dem alphabetischen Register der von Laßberg'schen

Ausgabe des Schwabenspiegels s. v. „Bergwerk" S. 258 es heißt: „können nicht ohne des Landesherrn Erlaubniß angelegt werden, der die Voigtei darüber behält a. 197." Wir, und Andere schon lange vor uns, nehmen die Stelle aber so: der Schatz (thesaurus) ist regal, nicht aber auch das Fossil, namentlich Silbererz nicht. Letzteres kann aber jeder Dritte mit Zustimmung des Grundherrn unter dessen Grund und Boden abbauen, doch gebührt dann diesem das Recht der Voigtei hinsichtlich dieses Bergbauunternehmens.

Die Gründe für diese Auffassung haben wir in unserer Schrift: der Bergbau und das Bergregal 1843, zusammengestellt, und Steinbeck hat sie a. a. O. mitgetheilt. Wir fügen hier nur noch hinzu, daß man bei weiteren geschichtlichen Forschungen immermehr zu der Ueberzeugung gelangt, daß der Bergbaubetrieb in Teutschland von jeher frei war, d. h. daß Bergleute auch schon vor der Ausbildung der Bergregalität ein Recht hatten, mit Zustimmung der Grundherrn Bergbau zu treiben. In soweit treten wir auch der Ansicht Karsten's bei.

Die Berg- und Hüttenkunde war damals eine edle, seltene. Daher gestand auch der Grundherr den Bergleuten, die ein nützliches Fossil, namentlich Silber auf seinem Grund und Boden entdeckt hatten, gern das Recht zu, Bergbau zu treiben. Hätte er es nicht gethan, so müßte er das Bergwerksgut unbenützt liegen lassen, da wir nicht glauben, daß er so leicht Berg- und Hüttenkundige gefunden hätte, die blos für ihn gearbeitet. Dazu kommt noch, daß Landwirthschaft und Bergbau von jeher verschiedene Beschäftigungsarten oder Gewerbe im weiteren Sinne waren; also der Grundeigenthümer sehr leicht Veranlassung finden konnte, den Betrieb des Bergbaues auf seinen Grundstücken, der besondere bergmännische Kenntnisse und Erfahrungen voraussetzte, an Bergleute abzutreten und zu überlassen. Häufig wurde ja auch in der ältesten Zeit der Bergbau in Waldgegenden rege, die sich noch in Niemands Eigenthume befanden und so konnte sich um so leichter der Rechtssatz bilden, daß Jeder, vorzüglich aber der Bergmann, berechtigt sei, frei Bergbau zu treiben. —

Wurde aber auch auf dem Grund und Boden Jemandes Bergbau begonnen, so war der Gewinn für den Grundherrn groß, er gab also gewiß die Erlaubniß dazu sehr gern. Der Grundherr bevölkerte dadurch zunächst seine, meist öden Gebirgswaldungen; sein

wüster Grund und Boden wurde angebaut; er erhielt voigteiliche Rechte über die neuen Ansiedler und einen Antheil von dem Ertrag der Bergwerke. Namentlich in letzterer Beziehung konnte er mit den Bergleuten weiteres Uebereinkommen treffen, so daß es gewiß auch vorgekommen sein wird, daß er bei dem Bergbau sich selbst mit betheiligte und also mit den Bergleuten auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust baute. Auch die z. B. von Hüllmann Geschichte der Regalien S. 64. ff. dafür angezogenen Urkunden, daß vor der Zeit der Regalität der Bergbau dem Grundeigenthümer zugestanden habe, schließen die Annahme nicht aus, daß hier von Bergwerken die Rede ist, die Andere wenigstens theilweise betrieben, in Bezug auf welche aber der Grundherr Nutzungs- und andere Rechte (die Voigtei) hatte. Wie oft kommt in späterer Zeit z. B. die Veräußerung eines Dorfes vor, worunter ja auch nur die Rechte, die der Herr im Dorfe hatte, zu verstehen sind.

Ob die Idee des freien Bergbaues in dieser Art eine ursprünglich teutsche ist, oder ob sie etwa aus Griechenland stammt, wie schon Andere vermuthet haben, und die Donau herauf mit den Bergleuten erst zu uns gekommen ist, müssen wir zur Zeit noch dahingestellt sein lassen.

Ebenso bedarf es noch einer weiteren Untersuchung, ob die Römer das freie Schürfen anerkannten oder nicht. In einzelnen Gegenden war es sicher der Fall z. B. L. 13. §. 1. P. communia praed. (8. 4.) Wenn aber unsere Romanisten z. B. Thibaut, Pand. §. 582. Wening, Civilr. II. B. §. 11. Vangerow, Pand. Th. 1 S. 481. Note 5. Puchta, Pand. §. 145. wegen L. 3 und 6. C. de metal. (11,6) freies Schürfen anerkennen, so hat darauf wohl unser heutiges Recht eingewirkt Vgl. Flade röm. Bergw. S. 83. Steinbeck, Geschichte S. 13.

Wir bemerken nur noch, daß diese Idee eine tief im Volke eingewurzelte ist, wie sich aus folgender Stelle eines, freilich erst spät aufgezeichneten Weisthums (Grimm, Weisth. II. S. 575.) ergibt. Hier heißt es nämlich in Bezug auf die Schürffreiheit: „denn das Bergrecht ist stark, und noch König, noch Herzog, noch Graf kann dagegen, wenn die Bergleute wollten graben in einem Kohlgarten und von dort bis unter eines Menschen Schlafkammer.“ Der Ansicht, daß der Bergbau in der gedachten Art von jeher in Teutschland frei war, ist auch der gründliche Bergrechtsgelehrte

Schneider, österreichisches Bergrecht 1848 §. 1. S. 60. vergl. dessen Abhandlung in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit Jahrg. 1845. Bd. I. S. 116. ff. Befremdend ist es jedenfalls, wenn noch in der neuesten Zeit sächsische Juristen die alte Fabel nachschreiben, nach der der Bergbau erst im 16. Jahrhundert durch einen besonderen Akt der landesherrlichen Gnade für frei erklärt worden sein soll.

Hält man an der hier mitgetheilten Ansicht fest, so wirft sie nicht nur bedeutendes Licht auf die Rechte, die in der später begründeten Bergregalität enthalten sind, wiewohl wir vereinzelte Versuche, den Bergbau kraft der Regalität zu einem Monopol zu machen, nicht läugnen; diese Auffassung dient aber auch wesentlich zum richtigen Verständniß unserer Stelle des Sachsenspiegels, und dieß interessirt uns hier zunächst. Es erklärt sich daraus nämlich, weßhalb daselbst nicht davon die Rede ist, daß der Grundeigenthümer der zum Bergbau Berechtigte sei, sondern nur davon, daß Andere mit Zustimmung jenes Bergbau treiben können; dieß war das regelmäßig Vorkommende. Uebrigens schließt auch die gedachte Bestimmung das Recht des Grundeigenthümers, selbst Bergbau zu treiben, gar nicht aus.

Kehren wir nun zu der verschiedenen Erklärung unserer Stelle zurück, so hängt zunächst Alles davon ab, ob Schatz soviel als Erz oder regales Bergwerksgut bezeichnet, wie mit Andern Sachße und Steinbeck annehmen. Die ganze Entscheidung der so oft und lange schon bestrittenen Stelle gehört also zuvörderst auf das Gebiet der Sprachforschung.

Sachße gibt nun aber sprachliche Gründe dafür, daß Schatz soviel als Erz bedeute, gar nicht an, und das, was Steinbeck a. a. O. S. 260, bemerkt, möchte nach dem Folgenden nicht stichhaltig sein. Wir wollen zwar keinen besonderen Werth darauf legen, daß uns nie in den Quellen und sonstigen Urkunden des älteren Bergrechtes der Ausdruck Schatz für Erz vorgekommen ist, wohl aber wird man die Auctorität des Herrn Professors Haupt als gewichtig genug anerkennen. Dieser hat uns ermächtigt hier mitzutheilen, daß ihm keine Stelle bekannt sei, in der Schatz die Bedeutung Erz habe, daß vielmehr überall, wo auf Letzteres Bezug genommen, auch der Ausdruck Erz gebraucht werde. Ebenso ist der gedachte Sprachforscher der Ansicht, daß Schatz die

Bedeutung von Erz gar nicht haben könne, wie man schon aus den verschiedenartigen Zusammensetzungen, in denen Schatz vorkommt z. B. Mahlschatz u. s. w. ersehe. Wer dieser Ansicht beitritt, oder eigentlich Jeder, der sie gründlich zu widerlegen nicht im Stande ist, kann sodann gar nicht zweifeln, welche Auslegungsweise die richtige sei. Uebrigens muß man, schon nach allgemeinen Interpretationsregeln, stets ein Wort in seiner gewöhnlichen Bedeutung so lange fest halten, als es in dieser eine vernünftige Erklärung des Satzes zuläßt; und dieß ist hier gewiß der Fall.

Andere, und so auch Steinbeck (Sachße thut es wohlweislich nicht), berufen sich auf die Glosse zum Sachsenspiegel, die da meint, Schatz werde für Erz gebraucht. Hierauf entgegnen wir nur, daß die Glosse in geschichtlichen, sprachlichen und teutschrechtlichen Beziehungen in der Regel wie der Blinde von der Farbe spricht. Namentlich verweisen wir deßhalb noch auf eine gleichfalls aus der Glosse hervorgegangene Stelle, nämlich auf den Richtsteig Landrecht II. 6. der v. Senckenberg'schen Ausgabe.

Wie man übrigens unsern Art. in der späteren Zeit, als das Bergregal wirklich bestand, und also das Recht des Sachsenspiegels insoweit nicht mehr das geltende war, auffaßte und zurecht machte, sieht man auch z. B. aus dem sächsischen Weichbilde der v. Thüngen'schen Ausgabe 1837 Art. 148. „Der begrabenn schatz under der erde der mit dem pflug wirt ausz gearn, der gehort yn des konigs kammer. Silber sal nymant begrabenn auff des andernn mannes gut an sinen willen, des dy stat ist, erlaubet er ys ym szo ist dy votige (vogedie) seyn dor uber." Unter diesen Umständen kann es also auch nicht verwundern, wenn die sächsische Constitutionen v. 1572. c. 53. P. II. der Meinung derer beitreten, die schon damals in dem Sachsenspiegel das Bergregal finden. Man bedenke, daß es sich hier darum handelte, ob der thesaurus in Sachsen regal sein sollte oder nicht. Es sagt daher auch die Constitution „dieweil aber unsere Verordnete dahin geschlossen: daß solche Correction derer gemeinen Rechte (hinsichtlich des thesaurus) nicht zuzugeben." Es ist zwar richtig, daß diese Gesetzgebung den Sachsenspiegel besser versteht und zu würdigen weiß als die spätere; jedoch wußten die Constitutionen Sätze desselben, die nicht mehr in die Zeit paßten, so zu behandeln und aufzufassen, daß sie mit den Rechtsansichten von 1572 in Einklang ka-

men; ein recht deutliches Beispiel haben wir in der Art, wie c. 12 P. II. den Art. 52. B. II. des Sachsenspiegels auffaßt.

Das Bedenken, welches gegen unsere Ansicht daraus hergeleitet wird, daß der Schatz nach dem Sachsenspiegel regal sei, beseitigen die bei Mittermaier, t. Pr. §. 162. vergl. Falk, schleswig-holsteinisches Privatr. III. Bd. 1. Abth. S. 426 angeführten Stellen hinlänglich; noch heutigen Tages gehört in Schleswig, wo das jütische Low gilt, der Schatz der Landesherrschaft. Uebrigens ist auch dem Schwabenspiegel die Idee, daß der Schatz regal sei, nicht ganz fremd, c. 347 bei Laßberg. Hier heißt es: „vindet ein mann gut auff der freien strass under der erden, das ist des reichs." Ja selbst die von Sachße a. a. O. S. 71. angeführte Stelle aus den leges Edowardi Confessoris bestätigt die Regalität des Schatzes, und wir überlassen es Sachße, es mit den Engländern auszumachen, wenn er annimmt, daß nach dortigem Rechte in Kirchen und auf Kirchhöfen Bergbau getrieben werde. — Dazu kommt, daß die Beifügung des Sachsenspiegels: tiefer als der Pflug geht, einen guten Sinn gibt, *wenn* es sich um die Feststellung des Begriffes Schatz handelt; nirgends wird aber in den alten Bergrechten darauf Rücksicht genommen, ob die Fossilien zu Tage ausgehen oder nicht, so daß etwa nur letztere regal wären.

Werfen wir noch, wiewohl es von unserem Standpunkte aus überflüssig ist, einen prüfenden Blick auf die Ansicht Sachße's und Steinbeck's, so scheint dieselbe durch die von letzterem a. a. O. S. 263 mitgetheilte Stelle einigen Halt zu gewinnen. Das Löwenberger Bergrecht sagt nämlich: »Wo der phlug unde ege unde sense get, da sol nimand gold suchen, ane des gunst, des der acker ist.«

Hier scheint also auch eine Zustimmung des Grundeigenthümers zum Bergbau eines Dritten verlangt zu werden, und somit diese Stelle die des Sachsenspiegels zu unterstützen.

Der Bergrechtskundige wird aber sogleich den wesentlichen Unterschied zwischen beiden Stellen wahrnehmen. Das Löwenberger Goldrecht geht von dem Vorhandensein des Bergregals verbunden mit Freierklärung, wie Steinbeck selbst sagt, aus. Hier nun kann jeder auf den Grundstücken eines Anderen schürfen, ohne dessen Zustimmung zu bedürfen, wie auch aus anderen Stellen des

fraglichen Bergrechts hervorgeht. Die Schürffreiheit hat aber von jeher ihre Grenzen gehabt, viele Bergordnungen gestatten das Schürfen überall, außer unter der Feuerstätte, dem Tisch und dem Bett; andere dagegen schränken es weiter ein, so daß die Schürffreiheit z. B. nicht auf besäeten Aeckern ausgeübt werden darf. Will der betheiligte Grundbesitzer aber auch hier das Schürfen erlauben, so steht dieß natürlich in seiner Willkühr; ohne seine Zustimmung darf aber Niemand trotz des freien Bergbaues da schürfen, wo es das Bergrecht nicht gestattet. Nach dem fraglichen Bergrechte darf nur ein Dritter auf unkultivirten Ländereien schürfen, außer wenn der Grundbesitzer es auch auf kultivirten gestattet. Wir haben hier also einen gemeinbergrechtlichen Satz.

Ganz anders verhält es sich aber mit dem Sachsenspiegel, wenn man ihn so versteht, wie unsere Gegner thun. Es soll dann auch das Bergregal vorhanden sein, der Bergbautreibende bedarf aber nicht zum Schürfen, sondern zum Betrieb des Unternehmens die Zustimmung des Grundherrn. Es ist sonach der den Bergbau wirklich Betreibende sowohl vom Regalinhaber als vom Grundherrn abhängig, woran aber unser Bergrecht in dieser Art nichts weiß. Wie nun, wenn die Zustimmung beider nicht zu erlangen ist? Von allen derlei Collisionen findet sich in unseren ältesten Bergrechtsquellen keine Spur. Von den Rechten des vermeintlichen Regalinhabers den Bergbautreibenden gegenüber, schweigt der Sachsenspiegel ganz, und doch war es vor allem nöthig, dieselben hervorzuheben. Statt dessen ist aber ausschließlich von den Rechten des Grundherrn die Rede, und zwar ganz natürlich, weil der Sachsenspiegel kein Bergregal und keine Rechte des Regalinhabers kennt, wohl aber die des Grundherrn. Dieser mußte zum Bergbauunternehmen zustimmen, und dieser hatte die Voigtei. Selbst Steinbeck stimmt uns bei, wenn wir in der Voigtei die Rechte erkennen, die nach ausgebildetem Bergregal dem Regalinhaber zustehen, also besonders Gerichts- und Nutzungsrechte. Wenn nun eben diese nach dem Sachsenspiegel dem Grundherrn und nicht dem vermeintlichen Regalinhaber zugesprochen werden, was bleibt dann dem letzteren? Wo findet sich ein Beweis dafür, daß der Regalinhaber und der Grundherr dieselben Rechte hinsichtlich eines Bergbauunternehmens hätten?

Das Bergregal hat sich wie andere Regale seit der Zeit

Friedrich's I. ausgebildet. Man darf aber nicht glauben, daß dasselbe auf einmal durch einen Machtspruch völlig fertig in's Leben getreten wäre. Hier kämpften verschiedene sich widersprechende Elemente. Die Bergleute beanspruchten freien Bergbau; die Grundherren die Rechte, die ihnen der Sachsenspiegel zugesteht; die Kaiser das Bergregal und wohl auch in der Art, daß sie allein befugt seien, Bergbau zu treiben, also mit Ausschluß der Bergfreiheit; ähnliche Anforderungen stellen zugleich aber auch die Landesherren, und sie hatten schon als Grundherren ein Recht dazu. Vergleiche unsere Schrift: der Bergbau und das Bergregal S. 45. ff. Aus diesem Kampfe ging die beste Bergverfassung hervor, die es ihrer Idee nach geben kann. Der Bergbau wurde nicht Monopol, weder des Kaisers noch des Landesherren; er wurde aber auch nicht von der Begrenzung der Grundstücke der Eigenthümer der Oberfläche abhängig gemacht; er wurde oder blieb frei, aber unter besonderer Einwirkung landesherrlicher Rechte (Bergregalität.)

Das Bergregal besteht keineswegs in einem Eigenthum des Staates an den unterirdischen, unentdeckten, regalen Fossilien, wie alle besseren Bergrechtslehrer anerkennen, sondern in dem Recht der bergrechtlichen Eigenthumsverleihung, in gewissen Nutzungsrechten hinsichtlich des Bergbaues, namentlich in dem Anspruch auf den Zehnten, in dem Vorkaufsrechte, besonders des Silbers und Goldes, und in der Leitung und Aufsicht auf den Bergbau durch die landesherrlichen Bergbehörden. —

IX.

Reccareds I. Sammlung
des
westgothischen Volksrechts und deren Beziehung zum Volksrecht der Baiern.

Von

Dr. Merkel in Berlin.

Die aus dem Kloster Corbie in der Normandie nach der Benediktinerbibliothek S. Germain des Prés gebrachte Pergamenthandschrift, aus welcher Blume die Fragmente einer alten westgothischen Gesetzgebung publicirt hat:

> Die westgothische Antiqua oder das Gesetzbuch Reccared des ersten rc. herausgegeben von Fr. Blume 1847. (mit einer lateinisch bearbeiteten Ausgabe des Textes: Reccaredi Wisigothorum regis antiqua collectio u. s. w.)

ist im Jahre 1839 vom verstorbenen Dr. Heinrich Knust für die Monumenta Germaniae historica gründlich untersucht und benützt worden. Sie enthält Werke des Hieronymus und Gennadius, von welchen 13 Blätter über den Bruchstücken der westgothischen Gesetze, andere über einzelnen Stücken der westgothischen Lex Romana und des Grammatikers Asper geschrieben worden sind, und befindet sich jetzt in der königl. Bibliothek zu Paris (S. Germain Nro. 1728). Blume ordnete die von Knust entzifferten Fragmente nach der in den alten Capitelzahlen (277—336) noch erhaltenen Richtschnur als den zehnten und fünf Blätter des eilften Quaternio einer im 7. Jahrhundert geschriebenen Handschrift. Daß aber darin eine der älteren Redactionen des westgothischen Gesetzbuchs vorliegt, lehrt der Inhalt

und dessen Vergleichung mit den entsprechenden Stücken der uns bekannten Sammlung der westgothischen Gesetze, welche unbezweifelt als das Werk Chindaswinds anzusehen ist, dem spätere Könige ihre Verordnungen hinzufügten.

Denn daß in Chindaswinds Sammlung die Gesetze, welche seit Gundemar erlassen worden waren, dem früheren in den Antiquae aufgezeichneten Rechte gegenüber die Namen ihrer Gesetzgeber tragen, das weiß man, wie wenig auch die kritische Forschung in Handschriften für die einzelnen Fälle schon entschieden hat. Solche Antiquae aber begegnen uns im Pariser Palimpsest, und zwar aus einer in fortlaufenden Zahlen unter allgemein rubricirenden Titeln angelegten Sammlung, nämlich:

Am Anfang ein Fragment der L. Wisigoth. X, 3 §. 5. wahrscheinlich mit der Numer 276.

Darnach L. Wisig. X, 2. §. 1—3. } mit der Numer 277.
X, 3. §. 1. }

sodann mit dem Titel De commendatis, vel commodatis:

L. Wisigoth. V, 5. §. 1—8. mit den Numern 278—285.

mit dem Titel De venditionibus:

L. Wisigoth. V, 4. §. 1—5. 7—16. mit den Numern 286—300.

Unter einer besondern, nun weggeschnittenen Titelrubrik De donationibus standen, wie Blume vermuthet,

L. Wisig. V, 1. §. 3. }
2. §. 1. 2. 5—7. } mit der Numer 305—312.
3. §. 1. 2. } 319.
4. §. 20. }

und unter dem Titel De successionibus finden sich

L. Wisig. IV, 2. §. 1—3. vielleicht auch 4. sodann 6—9. 12—15. 18 mit den Numern 320—324. 327—329. 331. 332. und den von Blume ergänzten 335. 336. (Hier und in den vorhergehenden Titeln weicht die Ordnung beider Sammlungen ab.)

Die Numern 301—303 sind im Manuscript erhalten, die Text-Fragmente lassen aber nur Bezug auf L. Wisig. X, 1. errathen. Von cap. 304. 330 und 333 ist gar keine Spur vorhanden, und ebenso ist cap. 313—316 mit dem ersten Blatte des eilften Quaternio verloren. Was Knust auf der ersten Seite des dritten Blattes vom eilften Quaternio gelesen hat, schaltet Blume, weil auf der zweiten Seite

die Zahl 319 deutlich gelesen wird, mit den vermuthlichen Numern 317. 318 ein; die wenigen Bruchstücke des Textes lassen jedoch keine andere Conjektur zu, als daß sich das Verlorne in L. Wisig. V, 2. einreihen ließe. Die Zahlen 324—326 sind nicht erhalten; doch konnten auf der ersten Seite des ursprünglich fünften Blattes (quat. XI.) noch Randbuchstaben entziffert werden, aus deren oberem Theil Blume, freilich nicht ohne Abänderungen in Knust's Abschrift, das cap. 324. durch L. Wisig. IV, 2. 4. restituirte. Auf der Kehrseite des sechsten Blattes vermuthet Blume die capp. 334—336, die Ergänzung hat aber für das erste allein einige Wahrscheinlichkeit. Blatt 7 und 8 des eilften Quaternio sind verloren.

Der Text der Palimpsesthandschrift weicht fast in jeder Zeile von der Redaktion in dem uns bekannten Gesetzbuch ab: gewöhnlich kürzere Fassung, immer ein präciser Ausdruck und Einfachheit; der Name Antiqua, damit auch der im späteren Werke herrschende Begriff (L. Wisig. II, 1. 5) kommt nicht vor; kein Gesetzgeber wird genannt; Ein König ist Urheber der ganzen Sammlung; allgemeine Rubriken ausgenommen geht dem laufenden Text der einzelnen Gesetze keine Ueberschrift oder Inhaltsangabe vorher, und nicht selten bilden mehrere in Chindaswind's Sammlung von einander unabhängige Gesetze hier nur Ein Capitel. Uebrigens verschwindet jeder Zweifel über das Alter dadurch, daß hier unter nr. 287 das in Chindaswind's Verordnung L. Wisig. V, 4. 13. namentlich aufgehobene ältere Gesetz, und in cap. 277 nicht nur Ausdrücke vorkommen, welche blos auf die Zeit und Person desjenigen Königs, unter welchem die Sammlung entstand, Beziehung haben (sicut et bonae memoriae pater noster in alia lege praecepit: cf. Wisig. X, 3. 1), sondern auch ein Zusatz von ganz gleicher Beschaffenheit, welcher in Chindaswind's Redaktion ganz weggeblieben ist, während an jener Stelle ein allgemeines Wort (sicut antiquitus videntur esse constructi) gesetzt werden konnte.

Es befremde nicht, daß etliche Stellen des Pariser Textes solche Gesetze enthalten, bei welchen die Sammlung, deren Ausgaben wir kennen, den König Chindaswind als Gesetzgeber nennt. Blume hat, wohl noch nicht durchgängig mit kritischer Benützung älterer Handschriften des Chindaswind'schen Gesetzbuchs, den Text desselben an allen erforderlichen Stellen dem des Palimpsesten gegenüber abgedruckt, und in diesem sind es nur zwei Capitel (308 = L. Wisig.

V, 2. 6. und das lediglich mit seinem Anfangswort femin... erhaltene cap. 332, wozu Blume, also sehr problematisch, L. Wisig. IV, 2. 9. citirt), welche dort direkt dem König Chindaswind zugeschrieben werden, Eines (cap. 323 = L. Wisig. IV, 2. 15, welches dort Antiqua noviter emendata genannt wird, und ein anderes (cap. 327 = L. Wisig. IV, 2. 18), von welchem es nach der Lesart des Codex von Leon (Blume S. XX) heißt: Chindaswindus rex noviter emendata. Gesetzt, es würde die Ueberschrift in der ersten Stelle, welche Chindaswind als den Gesetzgeber nennt, kritisch sich bewähren, so lehrt dennoch die Vergleichung des Pariser Textes mit der Redaktion Chindaswind's, daß diese ebenso wie die letzte der angeführten Stellen eine auf älterer Grundlage abgeänderte und erweiterte Verordnung des späteren Königs ist; denn wir erkennen nun, daß zahlreiche Antiquae der neueren Sammlung im Verhältniß zum Text des Palimpsesten wirklich überarbeitet sind, ohne daß wir Gaupp's (Landansiedlungen rc. S. 392. 393) Vermuthung zu theilen brauchen, wornach erst dem König Erwig der Hauptantheil an der Ueberarbeitung zuzuschreiben wäre. Alte Handschriften (z. B. Vatic. Christ. 1024 saec. VIII.) bringen nämlich keine Gesetze, welche späteren Ursprungs wären als Receswind, jedoch alle Antiquae schon in der überarbeiteten Gestalt.

Blume hat fast zur Gewißheit bewiesen, daß es das Gesetzbuch des Königs Reccared I. (586—601) sei, aus welchem uns die Fragmente vorliegen; denn erstlich sei jene Sammlung neuer als die Westgothische Lex Romana, aus welcher cap. 285 (L. Wisig. V, 5. 8.) wörtlich aufgenommen ist, sodann rühre es von einem König her, dessen Vater König und Gesetzgeber gewesen (cap. 277 s. oben), und überdieß spreche für Reccared I. die bestimmte Nachricht seiner legislatorischen Thätigkeit in L. Wisig. XII, 2. 13. (conf. can. 14. Concil. III. Tolet. v. J. 589) und eine Stelle in dem Chronicon des Lucas Tudensis, wo es von jenem König heißt:

Anno regni sui 6° Goticas leges conpendiose abreviari fecit.

Mit der Frage von der Verfassung eines Gesetzbuchs hängt die andere von gegebenen Gesetzen nicht zusammen; es bleibt also direkt nur des Lucas Zeugniß übrig. Wenn man diesen Schriftsteller mit des Isidorus gothischer Geschichte vergleicht, findet man, daß er diese wörtlich abgeschrieben, daneben aber für denselben Zeitraum noch eine andere Quelle benützt hat, welche wir bis jetzt nicht ken-

nen. Isidorus spricht in der historia Gotorum, welche er im Jahr 626 schrieb, davon, daß König Eurich und Lewigild dem Volke Gesetze gegeben und das Recht in eine Sammlung gebracht haben, und die Worte, womit das hier beschrieben ist, kehren bei Lucas wieder; Reccareds Einfluß auf die Gesetzgebung wird aber in keinem Werke des Isidorus erwähnt, und Lucas hat die angeführte Stelle mitten eingeschaltet, wo jener Geschichtschreiber der Siege Reccareds über Franken, Römer und Vasconen gedenkt, also an einem ziemlich ungeschickten Ort. Dadurch erhöht sich aber die Wahrscheinlichkeit, daß sie Lucas aus einer alten Geschichtsquelle (vielleicht Annalen) der chronologischen Ordnung gemäß hinzufügte, und des Isidorus Stillschweigen wird, wie auch sein Schweigen von des Königs Alarich II. Lex Romana, nur befremdlich, nicht verdachterregend.

Es läge nicht ferne anzunehmen, daß des Königs Lewigild Gesetzredaktion bei Isidorus, obwohl Lucas nach diesem von ihr selbständig Nachricht gegeben hat, mit der dem Reccared zugeschriebenen identisch sey; denn der Annalist Johannes abbas Biclariensis, dessen Werk im 4. Jahre der Alleinregierung Reccareds I. schließt, meldet, daß Reccared fünf Jahre, nachdem sein Vater Lewigild den Thron bestiegen, von demselben zum Mitregenten erhoben wurde, und 13 Jahre mit ihm regierte. Alsdann bestände auch ein Zusammenhang zwischen dem im sechsten Jahre der Mitregentschaft Reccareds (579 oder 580) verfaßten Gesetzbuch und dem Arianischen Concil zu Toledo im 12. Regierungsjahr Lewigilds, dessen Johannes Bicl. gedenkt, und worauf sich anath. 16. conc. III. Tolet. bezieht. Wenn dem so wäre, so würde Lucas, der spätere Chronist, eine ihm vorgelegene Originalquelle, in welcher die vielleicht unter besonderer Mitwirkung Reccareds schon unter Lewigild zu Stand gekommene Gesetzsammlung den Namen Reccareds trug, ungeschickt benützt, und des Isidorus Nachricht von derselben getrennt haben. Allein diese Vermuthung wird dadurch widerlegt, daß in unseren Fragmenten der Vater des Gesetzgebers zweimal als bereits verstorben erwähnt wird (cap. 277. in regno bonae memoriae patris nostri und die oben angeführte Stelle), daß Reccareds Regierungsjahre bei allen Geschichtsschreibern erst von seines Vaters Tod an gezählt werden, und daß in jenen Bruchstücken (cap. 306 = L. Wisig. V, 1. 3) eine Stelle über Veräußerung des Kirchenvermögens vorkommt, welche, auch ohne daß man die von Blume versuchte Ergän-

zung zu Hülfe nehmen müßte, auf Canonen der römischen Kirche (cap. 15 der Capitula a Martino episc. Braccar. coll.; conc. III. Tolet. can. 3; conc. Narbon. can. 8. beide v. J. 589) gegründet ist. Lewigild war noch Arianer, und Reccared ist erst nach seines Vaters Tode, öffentlich erst im dritten Toletaner Concil (Mai 589) zum katholischen Glauben übergetreten.

Es hat also große innere Wahrscheinlichkeit und war den Umständen angemessen, daß dieser König in seinem sechsten Regierungsjahre (591 oder 592) ein Gesetzbuch anlegen [1]) ließ: ja wir sehen, daß auf dem dritten Tolet. Concil noch weltliche Gesetze, wie die Judenverordnung (cf. L. Wisig. XII, 2. 13) und die Vorschrift, daß sich Beamte und Bischöfe alljährlich zu Berathungen versammeln sollen, in die Canonen aufgenommen worden sind (conc. III. Tolet. can. 14. 18. Suggerente concilio id glor. dominus noster canonibus inserendum praecepit, ut etc.).

Das Merkmal, daß der Westgothenfürst, von welchem unsere Fragmente herrühren, eines Königs Sohn gewesen sei, kann im 6. Jahrhundert nur auf Gisaleicus, Alarichs II. Sohn (507—511) und auf Reccared I. führen: für jenen aber spricht nicht nur keine auch noch so entfernte historische Notiz, sondern gegen ihn Alles, was die Geschichte von seiner unseligen Regierung und seiner verworfenen Persönlichkeit erzählt, auch war er noch Arianer. Im 7. Jahrhundert kann an Liuba II. (601 — 603) und Swintila (621—633. cf. Lucas Tud.) die Söhne Reccareds I., an Sisenand des Swintila (633—636. Isidor. hist. Got. und Lucas) und Tulga Chintila's Sohn (640—642 nach einem von mir benützten Katalog der westgothischen Könige, welcher hinter der oben erwähnten Gesetzhandschrift Vatic. Christ. 1024 steht) nicht aber an Reccared II. des Sisebut unmündigen Sohn (»parvulo filio« Isidor.) gedacht werden, qui post patris obitum princeps paucorum [2]) dierum

1) Der Ausdruck des Lucas: »conpendiose abbreviari« ist nicht von Abkürzung zu verstehen; denn breve hat in dem früheren Mittelalter blos die Bedeutung des Zusammenstellens, und die adbreviatores der römischen Curie sind bis zum 14. Jahrhundert das, was wir Concipienten nennen.

2) Isidor. Pacensis, welcher die Zeit 610—754 beschrieb, sagt von ihm: Dum per 3 menses solummodo regnat, huius vitae brevitas nihil dignum praesentat.

morte interveniente habetur (Isidor.). Wir haben kein historisches Zeugniß, daß einer dieser Könige die westgothischen Gesetze habe redigiren lassen; es ist aber an sich klar, daß die Redaktion unserer Fragmente, welche unbestreitbar der Antiqua Chindaswinds entspricht, bei einem Könige nach Gundemar (610 - 612) nicht gesucht werden dürfe, weil die neuere Sammlung dessen Gesetz (L. Wisig. IV, 2. 19) ebenso mit dem bestimmten Namen der Antiqua gegenüberstellt, wie die Verordnungen Swintilas (L. Wisig. IV, 3. 3; IV, 4. 1; Blume S. X. Not. 12) und Sisebuts (L. Wisig. XII, 2. 13 und 14). Alsdann bliebe nur Liuba II. übrig, welcher nach Isidorus zwei Jahre regierte und 18 Jahre alt war, als er den Thron bestieg; zwischen ihm und seinem Vater ist aber neben der Nachricht des Chronisten die Wahl nicht schwer.

Was auf solche Weise zu hoher Wahrscheinlichkeit gekommen ist, wird jetzt durch die Resultate einer genauen Vergleichung der westgothischen Gesetze mit dem Volksrecht der Baiowaren bestätigt und zur Gewißheit gebracht; denn die Pariser Fragmente lösen die Streitfrage, welches der zwei Rechtsbücher bei der Bearbeitung des anderen benützt worden sey (Savigny, Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter II, 92 ff.), und Gaupp's geistreiche, vor 15 Jahren in seiner Lex Frisionum XIV. Note 1 ausgesprochene Vermuthung wird ehrenvoll bestätigt. Ich bringe zuerst die Stellen des baierischen Gesetzbuchs (nach Cancianis Text), welchen die Pariser Fragmente entsprechen, sodann diejenigen, deren Originale zur Zeit noch allein aus Chindaswind's Sammlung bekannt sind, in Uebersicht:

I.

L. Baiuv.	XI, 4.	=	Antiqua 276.	=	L. Wisig.	X, 3. 5.
»	XIV, 1.	=	» 278.	=	»	V, 5. 1.
»	XIV, 2. 3. 4.	=	» 280.	=	»	V, 5. 3.
»	XIV, 5.	=	» 298.	=	»	V, 4. 9.
»	XIV, 6. 7, §. 1.	=	Antiqua 322.	=	»	IV, 2. 14.
»	XV, 2.	=	Antiqua 286.	=	»	V, 4. 3.
»	XV, 3. §. 1.		» 287.	(von Chindaswind V, 4. 13. aufgehoben).		
»	XV, 4.	=	» 289.	=	L. Wisig.	V, 4. 8.
»	XV, 5. §. 1. 2.	=	Antiqua 290.		»	V, 4. 11.
»	XV, 6.	=	Antiqua 291.	=	»	V, 4. 15.
»	XV, 7.	=	» 292.	=	»	V, 4. 16.

L. Baiuv.	XV, 8. =	Antiqua 293. =	L. Wisig.	V, 4. 1.
»	XV, 9. §. 1. =	» 294. =	»	V, 4. 7.
»	XV, 10. =	» 297. =	»	V, 4. 4.

II.

L. Baiuv.	VII, 18. =	L. Wisig.	VI, 3. 1.
»	VII, 19. §. 2. =	»	VI, 3. 2.
»	VIII, 5. =	L. Wisig.	VII, 2. 16.
»	VIII, 6. =	»	VII, 2. 6.
»	VIII, 7. §. 2. =	»	VII, 2, 8. in einem Gesetz Receswinds.
»	VIII, 9. =	»	VII, 2. 23. deßgleichen (conf. L. Baiuv. VIII, 1.)
»	VIII, 10. =	»	VIII, 4. 8.
»	VIII, 11. =	»	VII, 2. 11.
»	VIII, 17. §. 1. =	L. Wisig.	VI, 1. 6. aus einem Gesetz Chindaswinds.
»	VIII, 18. =	L. Wisig.	VI, 1. 5. aus einem Gesetz Chindaswinds.
»	XI, 1. 2. =	»	X, 3. 2.
»	XI, 3. §. 1. 2. =	»	X, 3. 3.
»	XI, 3. §. 3. =	»	X, 3. 4, aus einem Gesetz Receswinds.
»	XV, 13. =	»	II, 5. 2.

Nach dem Prolog, welcher in den meisten Handschriften vor dem Volksrecht der Baiowaren, in etlichen wenigen vor der Sammlung der Leges Allamann. Ribuar. Baiuv. steht, in den ältesten aber (z. B. in dem von Mederer herausgegebenen Cod. Ingolstad. nunc Monac.) geradezu Prologus legis Baiuvariorum heißt, ist die uns bekannte Redaktion des baierischen Volksrechts entstanden, als Dagobert I. (628—638) das vereinigte (Hoc decretum est apud regem — qui infra regnum Mervungorum consistunt) Reich der Franken regierte. Die Existenz einer älteren westgothischen Gesetzgebung würde nach dem Obigen die Priorität gegen Dagobert entscheiden; es wäre mit jener bei Bearbeitung des Baiowarengesetzes, wie mit dem Allamannengesetz verfahren worden: allein man könnte einwenden, daß dem Westgothenkönig eine ältere uns unbekannte Redaktion des baierischen Volksrechtes vorgelegen habe, wie unwahrscheinlich das auch immer wäre.

Dagegen streitet erstlich, daß dem eigenthümlichen Recht (leges patriae) des westgothischen Volkes beigezählt wird, was Chindaswind in L. Wisig. V, 4. 13. ausdrücklich aufgehoben hat, nämlich die Bestimmung in Antiqua 287, welche in L. Baiuv. XV, 3. §. 1. übergegangen ist.

Ferner führe ich dagegen an, was schon Gaupp geltend machte, daß die Bestrafung der Sklaven mit einer bestimmten Anzahl von Geißelhieben, in dem constanten Ausdruck publice extensus flagella suscipiat, im Recht der Baiowaren nur an den Stellen vorkommt, welche ihm mit dem westgothischen Gesetz gemein sind, daß sie aber in diesem letztern Princip sind, dessen Anwendung in unzähligen Stellen angetroffen wird.

Ich führe ferner dagegen ein sprachliches Bedenken an; denn in einer mit dem westgothischen Gesetz zusammentreffenden Stelle (L. Baiuv. XI, 3. §. 2.) lesen wir zur Erklärung des Sinnes ein Romanisches Wort: in arboribus notas, quas decoreas vocant, welches außerdem noch (beide Male decurias; cf. Du Cange s. h. v.) in L. Wisig. VIII, 6. 1. vorkommt, und durch Papin. resp. 39. geradezu als ein Wort der gallischen Römer, wie der Burgunden, so der Westgothen charakterisirt wird: während das baierische Volksrecht mehr noch als jedes andere beweist, daß germanische Ausdrücke nothwendig waren, um den lateinischen Text des Gesetzes zum Verständniß zu bringen, und daß Fremdwörter nicht in die Volkssprache gedrungen sind [3]).

Ich darf mich auch auf das Resultat der Vergleichung obiger Stellen berufen, um zu behaupten, daß aus den Westgothengesetzen gerade das Anwendbare ausgelesen wurde (z. B. Ant. 276. 322), und daß hinwiederum einzelne aus den Westgothengesetzen gezogene Stellen je nach Gewohnheitsrecht und Bedürfniß Zusätze in der baierischen Redaktion erhalten haben (z. B. L. Baiuv. VIII, 6. XI. 4. §. 2. XV, 2. 5. 7. und besonders 10, wo der Text verdorben worden ist durch Umänderung): daß aber nicht umgekehrt für das westgothische Recht aus einem älteren Baierngesetz ausgewählt worden sei.

Eine Stelle besonders scheint mir das Verfahren zu beweisen,

3) In L. Baiuv. XV, 8. ist der Zusatz hoc est quod cambias anderer Natur und technischer Sprachgebrauch jener Zeiten, wohl gerade von den fränkischen Redaktoren herrührend.

welches Statt hatte. Das westgothische Gesetz bestraft absichtliche Gränzverrückung am freien Mann mit 20 solidi. (L. Wisig. Ant. X, 3. 2.) Diese Stelle ist in die Lex Baiuvariorum übergegangen und lautet XI, 1. so:

Siquis — si ingenuus est, per singula signa vel notas vicenos (andere codd. vicinos vicino) VI solidos conponat: si servus est, per singula signa L flagella suscipiat [1]).

Aus dem Zusatz in L. Baiuv. XI, 4. §. 2, welcher sich in allen Handschriften findet, ist es nicht zweifelhaft, daß baierisches Gewohnheitsrecht jenes Vergehen nur mit 6 solidi bestrafte; doch nahm man die Fassung des Gesetzes unmittelbar aus dem Westgothenrecht, man schrieb ab, und damit kam auch XX sol. oder vicenos sol. in den Text. Entweder haben nun die Redaktoren selbst das Wort vicenos nicht verstanden und notas vicenos (= vicinos) zusammengelesen, oder sie erkannten ihren Schreibfehler und setzten VI neben oder über XX, welches man vielleicht durch Punkte unter der Zeile als corrigirt darstellte; dann hat der nächste Abschreiber die Verirrung verursacht und XXVI oder vicenos VI = vicinos VI gesetzt. Auf eine wie auf die andere Weise konnte die unsinnige Lesart, vicinos zu notas gezogen, entstehen, und der Text dadurch an zwei Stellen dieser Verordnung verdorben werden *).

Daneben finde ich aber noch eine Stelle, wo bei Benützung der Ant. 289 ein seltsames Mißverständniß von Seiten der Redaktoren untergelaufen ist. Sie hielten in jener Stelle, welcher L. Baiuv. XV, 4. §. 1. entspricht, conparet für emat, und machten aus deren ein-

---

1) Anstatt L zu lesen vel notas vicina ist gegen die meisten Handschriften, und offenbar aus dem Irrthum im Verständniß der kurzvorhergehenden Stelle entstanden.

*) Anm. d. Redaktion. Dem geehrten Verfasser dieses Aufsatzes, welchem wir wohl noch viel für die Bearbeitung der Volksrechte zu verdanken haben werden, war es entgangen, daß ich bereits in einer Recension von Türk's Forschungen in den Berliner Jahrb. für wissenschaftl. Kritik v. J. 1836 S. 607 aufmerksam gemacht hatte, wie die Vergleichung von L. Wisigoth. X, 3. 2. und L. Bajuv. X. 1. und die aus einem offenbaren Irrthum entstandenen Worte notas vicenos in demselben darauf hinweisen, daß jenes Gesetzbuch bei Bearbeitung dieses Volksrechts benutzt worden sei. S. auch Strafrecht der Germanen S. 93. Wilda.

fachem Satz, daß der Verkauf einer fremden Sache dem Eigenthümer keinen Schaden bringen soll (nullam domino praeiudicium conparet) mit wörtlicher Beibehaltung des Vordersatzes, und dann auch weiter noch die Worte der westgothischen Antiqua anfügend, den unsinnigen Schluß nullus sine domini praeiudicio conparet.

Ich halte es daher für unzweifelhaft, daß die westgothische Antiqua in der Redaktion des baiowarischen Gesetzbuchs unter Dagobert benützt worden ist.

Für diejenigen übrigens, welche etliche der oben zusammengestellten Gesetze aus Justinianeischen Novellen (Julian) entstanden annehmen (Savigny I. c. 88. 89.) ist ein nicht minder starkes Bedenken die chronologische Berechnung. Wenn nämlich Reccared eine ältere Recension des Baierngesetzes benützt hätte, so wäre es nur die des ersten Königs der austrasischen Franken Theoderich (511—534) gewesen, von welchem der Prolog der Lex Baiuvariorum (unsere einzige Quelle für die baierische Legislation vor Dagobert, wenn wir ihr wörtlichen Glauben schenken wollen) sagt, daß er zuerst die Gesetze der austrasischen Völker habe aufzeichnen lassen: denn der nächste Reformator nach ihm, Childebert (II. † 596.) ist schon gleichzeitig mit Reccared, und von ihm hätte wohl der Westgothenkönig, welcher die Franken glänzend besiegt hatte (Isidor. Ioh. Biclar. Luc.), nichts angenommen. Nun sind aber gerade die Novellen Justinians, welche hier in Bezug kommen würden, erst nach Theoderichs I. Tod in den Jahren 536. 537. 541. erlassen worden, und hierauf glaube ich aufmerksam machen zu müssen, obgleich ich die Nothwendigkeit jener Ableitung aus Justinianeischem Recht bezweifle.

Das aber kann als Analogie, wie die Baiern und nicht die Westgothen Fremdes benützen, wohl angeführt werden, daß auch eine Stelle der Lex Baiuvariorum aus der westgothischen Lex Romana herübergenommen (s. Savigny l. c. 84. Not. c.), und daß dem erwähnten Prolog der ersteren als Einleitung ein großes Stück aus dem Hauptschriftsteller der Westgothen einverleibt ist, nämlich aus dem fünften Buch der Origenes, welche Bischof Isidorus vo Sevilla im Jahre 626 verfaßt hat.

Zuletzt entscheide noch eine historische Thatsache. Als Alarich II. über die Westgothen herrschte, war Tolosa die Hauptstadt des Reichs, und von den Pyrenäen bis an die Loire und Rhone wohnte

sein Volk. Chlodwig nahm Aquitanien, Theoderich und Theodebert fast hundert Jahre später (502) das Vasconenland, und als Sisebut (612—621), nach Isidorus der Begründer der monarchischen Macht in Hispanien, zur Herrschaft gelangte, war jenseits der Pyrenäen Alles fränkisch geworden, Septimanien ausgenommen, welches Gallia Narbonensis oder Hispania citerior hieß. Nachdem Clotar II. gestorben war, machte sich (630) dessen Sohn Charibert, welchem Dagobert schon die unteren Gaue Aquitaniens als Abfindung verliehen hatte, mit Waffengewalt zum Herrn der abtrünnig gewordenen Vasconen: aber er starb bald und das kaum gegründete Reich wurde von Dagobert eingezogen. Doch nach etlichen Jahren erhoben sich die Vasconen wiederum gegen die Franken, und ein mächtiges Heer aus Burgund, den Referendarius Chadoind an der Spitze, zog aus und bezwang sie; die Geschichte nennt bald einen Aignando (vielleicht den dux Aighino ex genere Saxonum, welcher mit jenem Heer gezogen war) als dux Vasconum. Mit diesem Zeugniß von Chadoinds Kriegszug bringe ich in Verbindung, was wir aus dem erwähnten Prolog des Baiern-gesetzes wissen:

Haec omnia Dagobertus rex gloriosissimus per viris illustribus Claudio, Chadointo, Magno et Agilolfo renovavit u. s. w.

Der vornehme Burgunder Chadoind, einer der Redaktoren des Baiowarenrechtes, war in Verkehr mit Ländern getreten, in welchen Westgothen wohnten, das Gesetzbuch Reccareds, des letzten Königs derselben, ehe jenes Land den Franken unterworfen wurde (602), galt bei ihnen und wurde dem fränkischen Feldherrn bekannt; er mochte es billig hoch halten und ein Exemplar mit sich nehmen, denn kein andres germanisches Volk konnte eine ähnliche Sammlung des Rechts aufweisen. Zwar ist jener Zug Chadoinds nicht die erste Berührung zwischen Franken und Westgothen gewesen, und besonders, seit Athanagilds Tochter mit dem australischen König Sigebert vermählt war, kamen sich diese Völker in Freundschaft und Fehde nahe: aber an Chadoinds persönliches Wirken angelehnt, hat die Vermuthung, welche ich ausgesprochen habe, besseren Gehalt und mehr Anspruch auf Beifall. Denn es ist auch wahrscheinlich (cf. Eckhart, comment. de reb. franc. orient. I. 206.), daß fast unmittelbar, nachdem Chadoind von seinem Kriegszug zurückgekehrt war (634), auf dem Reichstag in Bigargio palatio

(635. Gesta Dagobertus reg.) die Redaktion des baierischen Volksrechts geschehen ist.

Die einschlagenden Stellen unsrer Lex Baiuvariorum dienen daher dazu, Reccareds Antiqua, sofern nicht materielles Recht die leicht erkennbare Verschiedenheit macht (z. B. ant. 290.), an den Stellen zu ergänzen, wo der Text der Pariser Handschrift nicht ausreicht, und leiten auch in einer großen Anzahl derjenigen, in welchen der in das Gesetzbuch Chindaswinds aufgenommene abweicht. Namentlich wird L. Baiuv. XIV. 2. und 4. §. 3. 4. die Defekte der westgothischen Ant. 280. ausfüllen; L. Baiuv. XV, 2. §. 2. die letzten zweifelhaften Zeilen der Ant. 286. berichtigen und L. Baiuv. XV, 6. in Ant. 291. das Wort fortisam (wie es auch Ant. 276. vorkommt) rechtfertigen. Es steht nun aber auch fest, daß L. Wisig. VII, 2. 8 und 23; VI, 1. 5 und 6; X, 3. 4. in ihren Grundlagen schon dem Gesetzbuch Reccareds angehörten, und noviter emendatae heißen sollten, denn sie stehen in L. Baiuv. VIII, 7. §. 2., 17. §. 1., 18. §. 1. 2. XI, 3. §. 3. und man erkennt leicht die Erweiterung der späteren westgothischen Könige. Besonders aber die letzte jener Stellen, unzweifelhaft dem Anfang unsrer Fragmente in Reccareds Sammlung nahe vorhergehend und in offenbarer Beziehung mit Antiqua 276. scheint mir durch ihren Zusammenhang mit can. 2. concil. 11. Hispal. v. J. 619. (Mansi X, 557. Savigny l. c. 278.) ein neues wichtiges Moment; denn ich halte dafür, daß die Citate des Concil-canon unmittelbar auf Reccareds Sammlung zurückführen sei. Vor dem Concil wird über einen Grenzstreit und über das Parochialrecht einer Kirche verhandelt, und es heißt:

— Placuit inter alternas partes inspectionis viros mittendos, ita ut sit in dioecesi possidentis, si tamen basilicam veteribus signis limes praefixus monstraverit, ecclesiae — aeternum dominium. Quodsi et limes legitimus eamdem basilicam non concludet, et tamen longi temporis probatur obiecta praescriptio, appellatio repetentis (al. praesentis) episcopi non valebit, quia illi tricennalis obiectio silentium ponit: hoc enim et saecularium principum edicta praecipiunt et praesulum Romanorum decrevit auctoritas. Sin vero infra metas tricennalis temporis extra alienos terminos basilicae iniusta retentio reperitur, repetentis episcopi iuri sine mora restituetur.

Reccareds Ant. 276. 277., in L. Baiuv. XI, 3. 4. übergegangen, handeln von Berichtigung der Gränzen, und bestimmen (allerdings nach römischem Muster) das Amt der Inspectores; in formelle Verbindung damit aber bringen sie die Vorschrift von der Geltung dreißigjährigen Besitzes ganz so wie es den Bischöfen auf dem Concil vorgelegen haben muß, da sie die saecularium principum edicta, zum Unterschied von der Lex mundialis in can. 1. 3. womit das westgothische Breviarium gemeint war, citiren; denn erst Reccswind, obgleich er in L. Wisig. X, 3. 4. die Antiqua benützte, deren Text theilweise uns von L. Baiuv. XI, 3. 4. restituirt wird, verordnete zur Wirksamkeit der Verjährung im Gränzstreit den Besitz von mehr als 50 Jahren. Ich habe die Worte im Texte des Concils ausgezeichnet, in welchen ich die Beziehung zu dem Texte unsrer Fragmente und zu L. Baiuv. XI, 3. §. 1—3 vermuthe, und erkenne aus der Form der Citate, daß geradezu das Gesetzbuch Reccareds den Bischöfen zu Sevilla im Jahre 619 vorlag; denn bis zu dieser Zeit ist, Liuba abgerechnet, kein anderer Westgothenkönig, von welchem die Sammlung herrühren könnte, in der cap. 276 und 277. standen.

Ich habe keinen Plan der Bearbeiter des bairischen Gesetzbuchs zu erkennen vermocht; denn sie haben für die verschiedenartigsten Materien, für Vertragsverhältnisse, Delicte und Prozeß, sowohl solche Stellen, welchen vorjustinianeisches Recht, als auch solche, denen eigenthümliches westgothisches Volksrecht zu Grund liegt, aus Reccareds Gesetzbuch aufgenommen, mit einem für jene Zeit nicht verächtlichen Geschick in dem Verständniß dessen, was angewendet werden konnte, und was eine Aenderung erfahren mußte [6]). Unter Titel XIV u. XV. der L. Baiuv. hat man, freilich nicht immer dem Inhalt entsprechend (z. B. XIV, 6—9. etwas vom Erbrecht), das meiste von dem fremden Recht Herübergenommene vereinigt, für diese Titelrubriken sogar die Worte, und für die Gesetze fast die Reihenfolge im westgothischen Gesetzbuch beibehalten.

6) Vgl. L. Baiuv. XV, 10. Und so ist merkwürdigerweise für den Prozeß im Grenzstreite das aus L. Allamann. 84. herübergenommene altgermanische Verfahren da verordnet, wo keine Grenzzeichen sind: wo sie aber erkannt werden, hat man das westgothische eingeführt. L. Baiuv. XI, 5 und 3.

X.

Der Entwurf
einer allgemeinen
deutschen Wechselordnung.

Angezeigt

von

Reyscher.

Der „deutsche Zollverein", obschon zunächst nur finanzieller Verein (zu gemeinsamer Erhebung einer Abgabe, des sog. Zolls, an den Grenzen des Vereins) und mittelbar Handelsverein (zu Begünstigung des Handels und Gewerbfleisses im Innern), brachte mit den materiellen Vortheilen der Vereinigung zugleich mancherlei Mängel in der bestehenden Gesetzgebung zu Tage.

Dahin gehört namentlich die Ungleichheit des Wechselrechts. So sehr auch das Wechselgeschäft einer allgemeinen Auffassung und Bestimmung fähig, und so sehr ein gemeines Recht in dieser Lehre Bedürfniß ist, so hat doch auch hier der Partikularismus seine Herrschaft behauptet. Nicht nur in den großen Handelsstädten, wie Hamburg, Lübek, Bremen, Frankfurt, Augsburg, Nürnberg hat sich frühzeitig ein besonderes Wechselrecht aus den örtlichen Gewohnheiten, Entscheidungen und Rathsbeschlüssen hervorgebildet, sondern auch bei einigen deutschen Territorial-Gesetzgebungen hat das Wechselrecht einen lokalen Ursprung genommen. Die Wechselordnung des Herzogthums Schlesien von 1738 ist fast durchaus nur ein Abdruck der Breslauer Ordnung von 1716, welche nebst der Leipziger und Frankfurter Wechselordnung auch dem Wechselpatent für die böhmischen, nieder- und inneröstreichischen Erbländer von 1763 zu Grund liegt. Das Leipziger Wechselrecht von 1682 ist mehrfach, namentlich in ihren Vorschriften über Verjährung der eigenen Wechsel, auf ganz Kursachsen ausgedehnt worden. Die Augsburger Wechselordnung von 1778 aber, worauf schon in der bairischen Wechselordnung von 1785

als Hülfsrecht hingewiesen ist, wurde durch ein bairisches Gesetz vom 11. September 1825 für den ganzen Oberdonaukreis (jetzt Schwaben und Neuburg) als unmittelbare Quelle anerkannt.

Indessen hatte das Ansehen einzelner Platzrechte auch wieder eine gewisse Gemeinsamkeit zur Folge. Die Verwandtschaft, welche im Mittelalter unter den Stadt- und Land-Rechten bestand, wurde auch jetzt wieder in ähnlicher Weise wie früher vermittelt. Bei Einführung des Wechselrechts in einer Stadt oder in einem Lande wurde dieses oder jenes auswärtige Wechselrecht zu Grund gelegt oder doch darauf als Hülfsquelle verwiesen. Den größten Einfluß erlangte in dieser Weise das Leipziger Wechselrecht. Dieses liegt nicht blos der Breslauer und Magdeburger Ordnung, sondern auch dem sächsischen, anhaltischen und östreichischen Wechselrecht zu Grund. In der württembergischen Wechselordnung von 1759, wodurch die Wechselstrenge gegen den Willen der Landschaft eingeführt wurde, ist zwar die Leipziger Wechselordnung als Subsidiarrecht anerkannt, allein der Verfasser hat sichtbar nicht diese, sondern die Brandenburgische Ordnung von 1724 benützt. In nahe zu gleichem Ansehen wie das Leipziger Wechselrecht stand die Frankfurter Wechselordnung von 1739, welche nicht blos in der Markgrafschaft Baden bis zur Einführung des badischen Landrechts (1810), sondern auch in den hessischen Landen als Richtschnur diente.

Einen großen Schritt zur Einheit des Wechselrechts that schon die preußische Gesetzgebung des vorigen Jahrhunderts. Durch die Wechselordnung Friedrichs II. v. J. 1751 und nachher durch das allgemeine Landrecht von 1794 (Th. II, Tit. 8. §. 713—1249) wurde das Wechselgeschäft auf eine umfassende und gleichförmige Weise für die sämmtlichen Bestandtheile der damaligen preußischen Monarchie bestimmt. In den preußischen wie in den übrigen Rheinlanden wird jedoch der code de commerce angewendet, welcher in einer deutschen Umarbeitung auch für Baden seit 1810 Gültigkeit erlangte. Denselben Code legen auch mehr oder weniger die neueren umfassenderen Gesetze und Gesetzes-Entwürfe einzelner deutschen Staaten in Wechsel-Sachen zu Grund. Doch hat sich die Geneigtheit, etwas Absonderliches zu bestimmen, in diesen Partikular-Versuchen, so sehr ausgesprochen, daß bei weiterer Thätigkeit auf dem bisherigen Wege die Rechte der einzelnen Staaten unfehlbar viel weiter auseinander gekommen wären, als die Rechte früherer Zeit.

Eine Verständigung über die leitenden Grundsätze des Wechselrechts erschien unter diesen Umständen als ein dringendes Bedürfniß [1]), und wenn auch ein gleichmäßiges Wechselrecht für ganz Deutschland, worauf schon im Jahr 1669 der Leipziger Handelsstand angetragen hatte, noch vor wenigen Jahren wie damals als „unpractikabel" erscheinen mochte, so hat sich doch noch vor den neuesten Ereignissen die Aussicht in dieser Beziehung günstig gestaltet.

Nachdem die württembergische Regierung schon im Jahr 1836 auf der ersten General-Conferenz zu München und wiederholt im Jahr 1840 bei Mittheilung des Entwurfs eines württembergischen Handelsgesetzbuchs (verfaßt von Hofaker, gedruckt mit Motiven Stuttgart 1839) eine gemeinsame Handelsgesetzgebung für die Zollvereinsstaaten beantragt hatte, ward endlich auf der achten General-Conferenz von 1846 verabredet, mit Berathung eines allgemeinen Wechselrechts einen Versuch zu machen; und zwar sollten zur Theilnahme an dieser Berathung die Regierungen sämmtlicher deutscher Bundesstaaten eingeladen werden.

Die Einladung geschah von der k. preußischen Regierung zugleich Namens der übrigen Vereinsstaaten mittelst einer Denkschrift vom 31. August 1847, worin folgende Puncte als Normen für die zu haltende Conferenz ausgesprochen waren:

1. Die Regierungen sämmtlicher Bundesstaaten sollen durch Abgeordnete theilnehmen können. Bei der Beschlußfassung aber sollen die Zollvereins-Staaten zusammen nur diejenigen eilf Stimmen abgeben, durch welche die Beschlüsse bei den regelmäßigen General-Conferenzen in Zoll-Angelegenheiten gefaßt werden: Preußen, Baiern, Sachsen, Württemberg, Baden, Kurhessen, Großherzogthum Hessen, der vormalige Thüringische Verein, Braunschweig, Nassau und Frankfurt. Diesen sollen die Stimmen von Oestreich, Hannover, Holstein, Meklenburg, Oldenburg, Lübek, Bremen und Hamburg hinzutreten, die übrigen Bundesstaaten aber durch diejenigen Regierungen bei der Abstimmung vertreten werden, mit welchen sie durch Gemeinsamkeit der Zoll-Gesetzgebung oder der Zoll-Verwaltung verbunden sind.

2. Als wünschenswerth wurde ausgesprochen, daß wenigstens

---

1) Siehe die Abhandlung von Souchay in dieser Zeitschrift Bd. XI. Nr. 1.

diejenigen Regierungen, in deren Staaten ein lebhafter Wechsel-Verkehr stattfindet, nicht blos durch Beamte, sondern auch durch kaufmännische Sachverständige vertreten werden.

3. Den Regierungen derjenigen Staaten, in welchen neuerdings entweder Wechselordnungen publicirt oder vollständige Entwürfe zu einem solchen Gesetze ausgearbeitet worden, ward anheimgestellt, diese den übrigen Regierungen zum Behuf der Berücksichtigung bei der Conferenz mitzutheilen; die Conferenz selbst aber sollte beschließen, welches der mitgetheilten Gesetze oder Entwürfe unter Berücksichtigung der übrigen von ihr zu Grund zu legen sei. Nach Maßgabe der gehabten Berathungen und gefaßten Beschlüsse sollte alsdann von der Conferenz der Entwurf einer deutschen Wechselordnung ausgearbeitet werden.

4. Aus der Theilnahme an der Conferenz folge noch keine Verpflichtung zur Verkündigung des vereinbarten Entwurfs. Dagegen war das Vertrauen ausgesprochen, daß die einzelnen Regierungen und Stände-Versammlungen minder erhebliche Einwendungen dem Zwecke der Gleichförmigkeit bereitwillig zum Opfer bringen und sich daher nur dann von dem gemeinsamen Werke ausschließen werden, wenn wider Erwarten wichtige Bedenken dieß als unabweisbar erscheinen lassen sollten.

5. Endlich wurde im Interesse einer freien Berathung und thunlichsten Beschleunigung die Voraussetzung ausgesprochen, daß die Mitglieder der Conferenz während der Berathung zu keiner Instructions-Einholung verpflichtet seien. Die Abgeordneten sollten daher ermächtigt werden, über alle vorkommenden Fragen ihre Stimme nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben.

Ausser den meisten Zollvereinsstaaten waren bei der Conferenz Oesterreich, Hannover, Holstein und Lauenburg, Meklenburg, Schwerin, Oldenburg und die freien Hanse-Städte vertreten. Keinen Antheil nahmen die Niederlande wegen Luxemburg und das Großherzogthum Meklenburg-Streliz. Auch einige kleinere andere Zollvereins-Staaten hatten keine Deputirte geschickt: die Anhalt'schen Lande, Hohenzollern-Hechingen, Hessen-Homburg. Indessen wäre von dieser Seite kein Widerspruch zu erwarten gewesen.

Ausser den in Hannover und dem Großherzogthum Sachsen-Weimar promulgirten Wechselordnungen lagen der Conferenz vor Entwürfe von Württemberg, Königreich Sachsen, Braunschweig,

Holstein und Lauenburg, Meklenburg-Schwerin, wozu in der 17. Sitzung auch noch der Entwurf einer Wechselordnung für die deutschen und italienischen Länder des östreichischen Kaiserstaates v. J. 1843 kam. Von der Conferenz wurde jedoch in ihrer ersten Sitzung der preußische, im Hinblick auf eine mögliche Vereinbarung mit anderen Regierungen bearbeitete, Entwurf einstimmig als Grundlage der Berathungen angenommen.

Die Verhandlungen nahmen einen erwünschten Fortgang, und schloßen mit der 35. Sitzung vom 9. Dezember 1847, wo der nach den Beschlüssen der Conferenz festgestellte Entwurf einer allgemeinen deutschen Wechselordnung von den anwesenden Mitgliedern unterzeichnet wurde.

Am Schlusse wurde von der Versammlung gewünscht, daß die Regierungen, welche die Conferenz beschickt, sich sobald als möglich gegenseitige Mittheilungen darüber machen möchten, ob sie ihrerseits den von der Conferenz nunmehr festgestellten Entwurf für geeignet halten, um den für die Gesetzgebung in den einzelnen Staaten verfassungsmäßig bestehenden Stadien unterworfen zu werden. Die Abgeordneten von Preußen übernahmen es, bei ihrer Regierung zu einer solchen gegenseitigen Mittheilung im Wege der Correspondenz Einleitung zu treffen. Indessen ist nicht bekannt geworden, wohin sich die betheiligten Regierungen ausgesprochen haben. Eine Annahme des Entwurfs auf dem Wege der Gesetzgebung hat bis jetzt in keinem Staate stattgefunden; doch wäre dieselbe sicher erfolgt, wenn nicht die großen Ereignisse vom Februar und März d. J. die Aufmerksamkeit auf ganz andere Dinge gelenkt und eine deutsche Verfassung in Aussicht gestellt hätten, welche hoffentlich die Einheit der Gesetzgebung in allen wesentlichen Stücken mit sich bringen wird.

Ich erwähne nur noch eines Vorschlags, welcher von dem württembergischen Conferenz-Mitgliede, Obertribunalrathe Hofacker Namens der württembergischen Regierung in der vorletzten Sitzung gestellt und von den anderen Abgeordneten gutgeheißen wurde: es möchte nach einigen Jahren ein Zusammentritt der Abgeordneten der verschiedenen deutschen Staaten stattfinden, und zu diesem Zwecke eine Sammlung von Materialien, namentlich der interessanten Rechtssprüche, von der Einführung der Wechselordnung an, veranstaltet werden, wobei es jeder Regierung überlassen bliebe,

ob und wie fern sie die gefaßten Beschlüsse zum formellen Rechte, wenigstens als subsidiäre Quelle, erheben wolle oder nicht. Vor diesem Zusammentritt sollte den etwa sich ergebenden Mängeln nicht durch Partikulargesetze abzuhelfen gesucht werden, indem der etwaige Vortheil einer solchen Ausfüllung durch den moralisch-politischen Nachtheil, welcher in dem Verluste der Gemeinsamkeit des Rechts liege, aufgewogen, auch der Zweck der Conferenz dadurch eigentlich vereitelt würde: „denn nicht die leitenden Grundsätze bei Abfassung von Particular-Wechselgesetzen, sondern ein gemeinsames, wörtlich übereinstimmendes Gesetz habe man verabreden wollen."

Der Conferenz-Entwurf umfaßt gerade 100 §§. zwei mehr als der preußische Entwurf. Das Bestreben, dem Gesetze die möglichste Einfachheit zu geben, liegt beiden Entwürfen zu Grunde. Ebenso war die Conferenz darin einverstanden, daß möglichst auf Entfernung von Ausdrücken in fremden Sprachen Bedacht zu nehmen sei. Später schien es, daß die letztere Aufgabe nicht vollständig gelöst worden, wobei ein Mitglied auf die Gesetzbücher Oestreichs und Badens hinwies, aus welchen alle Fremdwörter verbannt seien. Indessen bemerkte die Redactions-Commission: daß man in einer Wechselgesetzgebung sich hüten müsse, solche Ausdrücke, an welchen der Handelsstand seit Jahrhunderten gewöhnt, mit anderen zu vertauschen, die ihm auf lange Zeit hinaus unverständlich bleiben würden, und die nur zu leicht dem Gesetzgebungszwecke den Stempel des Gesuchten und Gezwungenen geben möchten.

Die §. 90—98 des preußischen Entwurfs „vom Wechselproceß" sind im Commissions-Entwurf weggeblieben, obgleich die Wechselstrenge sich hauptsächlich in dem eigenthümlichen Wechsel-Verfahren äussert. Bei dem Zusammenhange des letztern mit der Gerichtsverfassung und mit der Prozeßgesetzgebung der einzelnen Länder hielt jedoch die Conferenz eine gemeinsame Bestimmung über den Wechselproceß nicht für angemessen, und es stellt also der Entwurf keine vollständige Wechselordnung, sondern nur ein Wechselrecht mit Ausschluß des Wechselprocesses dar. Ueber die Hauptgrundsätze des Verfahrens in Wechselsachen: möglichste Beschleunigung, mündliche Verhandlung, Ausschließung illiquider Einreden,

Unzulässigkeit der Eidesdelation; desgleichen über die Verpflichtung des Schuldners zum Personalarrest, war man übrigens vorläufig einverstanden. Auch andere nicht den Formalact des Wechsels und dessen eigenthümliche Rechtsverhältnisse betreffende Fragen, z. B. über die zu Grund liegende causa debendi, über die Art der Deckung des Wechsels sind unberührt geblieben.

Eigenthümlich ist dem Entwurfe, daß die Wechselfähigkeit (§. 1—3), und zwar ohne Unterschied zwischen gezogenen und eigenen Wechseln, nicht mehr an einzelne Stände geknüpft ist, welchen die erforderliche Kenntniß und Ueberlegung zuzutrauen, sondern jedem zukommen soll, der überhaupt vertragsfähig ist. Nur Eine Folge des Wechselrechts, der Wechselarrest, ist bei einzelnen Personen ausgeschlossen: bei juristischen Personen, Minderjährigen, Frauen, die nicht Handel oder ein anderes Gewerbe treiben; ebenso bei den Erben des Wechselschuldners.

Der zweite Abschnitt „von gezogenen Wechseln" bestimmt 1) über die Erfordernisse eines gezogenen Wechsels (§. 4—7). 2) Verpflichtung des Ausstellers (§. 8). 3) Indossament (§. 9—17). 4) Präsentation zur Annahme (§. 18—20). 5) Annahme (§. 21—24). 6) Regreß auf Sicherstellung (§. 25—29). 7) Erfüllung der Wechselverbindlichkeit (§. 30—40). 8) Regreß Mangels Zahlung (§. 41—55). 9) Intervention (§. 56—65). 10) Vervielfältigung eines Wechsels (Duplikate, Kopien §. 66—72). 11) Abhanden gekommene Wechsel (§. 73. 74). 12) Falsche Wechsel (§. 75 und 76). 13) Wechselverjährung (§. 77—80). 14) Klagerecht des Wechselgläubigers (§. 81—83). 15) Ausländische Gesetzgebung oder internationales Wechselrecht (§. 84—86). 16) Form des Protests (§. 87—90). 17) Ort und Zeit für Präsentation und andere im Wechselverkehre vorkommende Handlungen (§. 91—93). 18) Mangelhafte Unterschriften (§. 94—95). — Der dritte Abschnitt handelt schließlich von eigenen Wechseln (§. 96—100).

Die Abweichungen des Entwurfs in allen diesen Beziehungen können hier nicht hervorgehoben werden [2]). Als ein Verdienst

---

2) Wir besitzen bereits zwei Kommentare: Die allgemeine deutsche Wechselordnung mit Einleitung und Erläuterungen, Leipzig 1848. Allgemeine deutsche Wechselordnung, mit vollständiger Erläuterung nach den Protocollen der zu Leipzig abgehaltenen Conferenz, von

desselben ist es aber anzusehen, daß er durch die verschiedenen theoretischen Ansichten über die Natur des Wechsels — ob Papiergeld nach Einert, oder Formalität nach Liebe, oder Schuldbekenntniß mit einer bedingten Nebenverpflichtung nach der älteren Ansicht — glücklich hindurchschiffte, ohne sich für die eine oder andere zu entscheiden. In der That stellen jene abweichenden Auffassungen nur verschiedene practische Seiten des Wechselgeschäfts dar, und da der Gesetzgeber den ganzen Verkehr zu berücksichtigen hat, so muß er eine gewisse Weite lassen; er muß namentlich den Gebrauch des Wechsels als Cirkulationsmittels durch Gestattung unbeschränkter Indossirung begünstigen, ohne die Bedeutung desselben als formalen Acts, durch Festsetzung gewisser formeller Erfordernisse, und ohne die Sicherheit des Inhabers und der übrigen Interessenten, durch angemessene Begrenzung des Regreßrechts, außer Augen zu lassen.

Ortloff, Jena 1848. Die Protocolle erschienen theils in einer amtlichen Ausgabe in folio, 264 Seiten umfassend, welche an die Regierungen verschickt ist, theils in einem Abdruck bei Bassermann, in Mannheim 1848. 114 und 25 Seiten in 4.

XI.

Das Gesetz über Einführung einer provisorischen Centralgewalt
und
die künftige Territorial-Eintheilung Deutschlands.

Von

Reyscher.

Am 28. Juni 1848 ward von der verfassunggebenden National-Versammlung zu Frankfurt a. M. mit 450 Stimmen gegen 100 folgendes Gesetz angenommen [1]).

Gesetz über Einführung einer provisorischen Centralgewalt für Deutschland.

1.

Bis zur definitiven Begründung einer Regierungsgewalt für Deutschland soll eine provisorische Centralgewalt für alle gemeinsamen Angelegenheiten der deutschen Nation bestellt werden.

2.

Dieselbe hat

a) die vollziehende Gewalt zu üben in allen Angelegenheiten, welche die allgemeine Sicherheit und Wohlfahrt des deutschen Bundesstaates betreffen;

b) die Oberleitung der gesammten bewaffneten Macht zu übernehmen, und namentlich die Oberbefehlshaber derselben zu ernennen;

c) die völkerrechtliche und handelspolitische Vertretung Deutschlands auszuüben, und zu diesem Ende Gesandte und Consuln zu ernennen.

---

1) Stenographischer Bericht über die Verhandlungen. Bd. I. S. 621.

3.

Die Errichtung des Verfassungswerks bleibt von der Wirksamkeit der Centralgewalt ausgeschlossen.

4.

Ueber Krieg und Frieden und über die Verträge mit auswärtigen Mächten beschließt die Centralgewalt im Einverständniß mit der National-Versammlung.

5.

Die provisorische Centralgewalt wird einem Reichsverweser übertragen, welcher von der National-Versammlung frei gewählt wird.

6.

Der Reichsverweser übt seine Gewalt durch von ihm ernannte, der National-Versammlung verantwortliche Minister aus. Alle Anordnungen desselben bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung wenigstens Eines verantwortlichen Ministers.

7.

Der Reichsverweser ist unverantwortlich.

8.

Ueber die Verantwortlichkeit der Minister wird die National-Versammlung ein besonderes Gesetz erlassen.

9.

Die Minister haben das Recht, den Berathungen der National-Versammlung beizuwohnen und von derselben gehört zu werden.

10.

Die Minister haben die Verpflichtung, auf Verlangen der National-Versammlung zu erscheinen und Auskunft zu ertheilen.

11.

Die Minister haben das Stimmrecht in der National-Versammlung nur dann, wenn sie als deren Mitglieder gewählt sind.

12.

Die Stellung des Reichsverwesers ist mit der eines Abgeordneten der National-Versammlung unvereinbar.

13.

Mit dem Eintritt der Wirksamkeit der provisorischen Centralgewalt hört das Bestehen des Bundestages auf.

14.

Die Centralgewalt hat sich in Beziehung auf die Vollziehungs-Maaßregeln, so weit thunlich, mit den Bevollmächtigten der Landesregierungen in's Einvernehmen zu setzen.

15.

Sobald das Verfassungswerk für Deutschland vollendet und in Ausführung gebracht ist, hört die Thätigkeit der provisorischen Centralgewalt auf.

Wir begrüßen mit Freude dieses erste Gesetz der National-Versammlung — eine vorläufige Verfassung, worin wir bereits einen Theil unserer früheren Wünsche und Ahnungen [1]) verwirklicht finden.

Es war eine schwere Aufgabe für den Verfassungs-Ausschuß, in Verbindung mit so vielen verschiedenen Bauleuten des Werkes Meister zu bleiben, und im Andrange zielloser demokratischer Bestrebungen doch das Wesen der einherrlichen Gewalt festzuhalten. Freilich einer Einherrschaft nicht im Sinne des bisherigen Bundesstaatsrechts, gegründet auf das Prinzip der Legitimität, sondern einer Einherrschaft im Sinne des künftigen Volksstaatsrechts, auf volksherrlicher Grundlage. Wollen wir das nicht vergessen!

Welcher Schritt von der Bundesakte bis zu dieser neuen Staatsakte, zurückgelegt im Laufe dreier Monate! Welcher Abstand noch von dem erblichen Kaiser im Entwurfe der 17 Vertrauensmänner am Bundestage bis zu der jetzigen provisorischen Reichsgewalt, die zugleich den Keim der künftigen definitiven in sich trägt! Die kaiserliche Erbherrschaft und die Hegemonie (s. oben S. 176—178) sehen wir hierdurch als abgethan. Dagegen ist als Ausfluß der Volkssouveränität (S. 172 und 173) das Wahlrecht der National-Versammlung (Art. 5. vergl. oben S. 180. Nr. 7) anerkannt, und zum provisorischen Oberhaupt ein deutscher Prinz ernannt, den auch wir vertrauensvoll bezeichnet haben (S. 177. 179. 180). Endlich ist der Bundestag aufgehoben (Art. 13), der auch in seiner neuen Zusammensetzung kein Vertrauen mehr gewinnen konnte (S. 174),

---

1) S. die im vorigen Heft I. S. 167 f. abgedruckten (zu Anfang Aprils geschriebenen) Bemerkungen und meine Schrift: die Aufgabe der deutschen National-Versammlung. Tübingen 1848.

um einer Centralgewalt Platz zu machen, die über Krieg und Frieden und Verträge mit Auswärtigen nur im Einverständniß mit der National-Versammlung beschließen kann (Art. 4. vgl. oben S. 180. Nr. 5), bei inneren Sachen aber, so weit es thunlich, mit den Bevollmächtigten der Landesregierungen sich benehmen wird.

Wer kann im Angesicht dieser Ereignisse bestreiten, daß wir eine deutsche Umwälzung, wenn auch gewissermaßen in Form Rechtens, erlebt haben? Wer sich gegen dieses große Wort sträubt oder wie Vogel Strauß die Augen im Anblicke der Gefahr verschließt, den werden die Ereignisse, unbekümmert um seine Zustimmung, nur um so sicherer ereilen.

Das deutsche Königthum ist niemals ein unumschränktes gewesen. (Nec regibus infinita aut libera potestas. Tacitus Germ. c. 7.) Volksfreiheit und königliche Gewalt schließen sich überhaupt nicht aus. Welch' schönere Bestimmung kann diese haben, als der Hort zu sein eines freien Volkes! Auch Monarchie und Republik sind mehr nur äußerliche Gegensätze. Eine respublica regalis oder eine republikanische Monarchie ist eben die Vermittlung, welche wir suchen. Das Herrschaftswesen, welches das Land wie eine Domäne betrachtete, ist abgethan, und ein Gemeinwesen soll an seine Stelle treten, das seine Verfassung und höchste Obrigkeit sich selber setzt. Die Regierung über Freie ist eine öffentliche Sache (res publica), wenn schon nicht jedermanns Sache. Daraus folgt aber mit Nothwendigkeit das Wahlrecht und die Selbstgesetzgebung der Nation, wenn auch keine unmittelbare Selbstregierung, die für ein großes Volk in die Länge nicht taugt. Auch die germanischen Könige wurden von dem Volke gewählt oder doch feierlich bestätigt; man hielt sich aber gerne an gewisse altangesehene Geschlechter. Und dieß wird auch künftig gut sein, damit wenigstens nicht die höchste Stelle als Kampfpreis für die parlamentarischen Helden sich darstelle.

Es ist an dem oben abgedruckten Gesetze ausgestellt worden, daß dem Reichsverweser nicht ausdrücklich zur Pflicht gemacht sei, die Beschlüsse der National-Versammlung zu vollziehen, was auch wir gewünscht haben (S. 180. Nr. 6). Allein diese Aufgabe liegt im Wesentlichen schon in der Uebertragung der vollziehenden Gewalt (Art. 2. lit. a). Die Frage, ob dem Reichsverweser ein unbedingtes oder bedingtes Veto zukomme, müßte hiernach beiderseits verneint werden, wenn nicht der Verwerfung des ausdrücklich auf Voll-

ziehung der Beschlüsse der National-Versammlung gerichteten Amendements die Absicht zu Grund gelegen wäre, die Verpflichtung zur Vollziehung aller und jeder Beschlüsse abzulehnen. Die Frage ist aber jedenfalls für die definitive Verfassung als eine offene zu betrachten, und in dieser Beziehung der Vorgang der norwegischen Verfassung §. 79 beachtenswerth, wonach ein von dem dritten ordentlichen Storthing wiederholter Beschluß, der zweimal verweigerten königlichen Genehmigung ungeachtet, von selbst zum Gesetze wird.

Die Unverantwortlichkeit des Reichsverwesers (Art. 7) ist eine Fiktion, wozu der menschliche Verstand sich ungerne herbeiläßt. Auch die Könige sind nicht ohne Fehl, und warum sollte das Laster auf dem Throne privilegirt sein? Digna vox majestate regnantis, legibus allegatum se principem confiteri, gaben selbst die byzantinisch-römischen Kaiser zu (C. I, 14. c. 4), obgleich das römische Recht den Grundsatz hatte, daß der Fürst nicht an die Gesetze gebunden sei (D. I, 4 fr. 1). Das deutsche Recht ist freisinniger als das römische. Dasselbe hat den Grundsatz: Princeps legibus solutus nicht; dieser ist erst aus dem römischen einzuschmuggeln gesucht worden. Auch eine Verantwortung des Königs vor dem weltlichen Richter ist nicht ausgeschlossen. Das in dem Schwäb. Ldr. §. 121 c. 130 c. (nach Laßb.) und noch in der goldenen Bulle Cap. V. §. 3 anerkannte Richteramt des Pfalzgrafen am Rhein über den Kaiser ist durch kein späteres Reichsgesetz aufgehoben, obgleich Leist, deutsches Staatsrecht §. 145 bemerkt: „Das Reichsoberhaupt ist in Deutschland der Begehung eines Verbrechens nicht fähig.“ Die Schwierigkeit liegt nur in der Ausübung, da man das höchste Oberhaupt nicht vor die Gerichte ziehen kann, ohne zugleich den Begriff des Oberhaupts in ihm, wenigstens momentan, aufzuheben. Daher der Schwabenspiegel §. 124: Dem kiunige mag nieman an den lip gesprechen, im werde daz riche e verteilet mit der fürsten urteil.

Die Frage ist während der letzten Jahrhunderte in Deutschland nicht zur Lösung gekommen, theils weil die Juristen die majestas imperatoria auf den deutsch-römischen Kaiser übertrugen, theils weil der Kaiser kaum irgend eine bedeutende Staatshandlung ohne Zuthun der Reichsstände oder der Kurfürsten erledigen konnte. Gewiß wäre es auch nicht räthlich, die alten Zerwürfnisse im Reiche mit ihren Entthronungen, Gegenkönigen und Zwischenreichen zu erneuern

oder die Reichsgewalt wieder auf eine Weise von den Landesregierungen abhängig zu machen, daß sie weder nützen noch schaden könnte. Deßhalb wurde vorläufig bestimmt, die Verantwortlichkeit für Regierungshandlungen auf die Minister zu übertragen, zugleich aber das Oberhaupt zu hindern, etwas für sich zu thun, indem stets die Gegenzeichnung eines Ministers erfordert wird.

Die National-Versammlung hoffte mittelst dieser Erfindung des konstitutionellen Staatsrechts den Bestand des neuen Staatsgebäudes zu sichern, den Angriffen auf die Regierung einen Ableiter entgegenzusetzen, der die Blitze in die Erde führt, d. h. in das Ministerium. Man wendet ein: „wozu eine kostspielige Puppe, deren Glieder lahm sind? Lediglich um Staat zu machen; dazu brauchen wir kein Staatsoberhaupt mit einer neuen Civilliste." Würde das vereinte Deutschland nur weitere Civillisten bringen, so wäre es allerdings kein Wunder, wenn das Volk ihm den Rücken kehrte. Doch darüber unten, wo von der neuen Territorial-Eintheilung die Rede sein wird. Wir wollen hier die Frage von der Verantwortlichkeit rein für sich betrachten! Wir geben zu: ein verantwortliches Ministerium gibt mehr Schutz, als ein verantwortliches Oberhaupt; macht man aber das Ministerium verantwortlich, so kann nicht auch das Oberhaupt die Verantwortung tragen. Wir sagen ferner: daraus, daß der Monarch unschädlich gemacht ist, folgt logisch noch nicht, daß er auch unnütz sei. Wenn der Monarch auch das Schiff nicht persönlich regiert, so kann er doch die Stelle eines politischen Leuchtthurms vertreten, dessen unbeirrtes Dasein Rettung bietet im Sturme der Leidenschaften und im Dunkel der Meinungen, oder hier und da Anker auswerfen durch Ernennung eines neuen Ministeriums, das den Winden gebietet oder wenigstens sie aushält. Wie aber, wenn das Oberhaupt nun doch einmal es wagt, ohne Minister einzugreifen und deßhalb angefochten wird? Man wird sagen: dann ist die Handlung ungültig. Allein nicht jeder Schaden und nicht jedes Aergerniß kann auf so einfache Weise getilgt werden. Uebrigens geben wir zu: eine Handlung, wozu der Regent für sich nicht berechtigt war, hat rechtlich nur den Charakter einer Privat-, nicht einer Regierungs-Handlung; und es ist schon wichtig, für die eigentlichen Regierungs-Geschäfte die äußere Verantwortung dem Regenten abzunehmen. Wie soll es nun aber gehalten werden mit reinen Privathandlungen? Diese muß man doch

das Oberhaupt für sich besorgen lassen. Hier schützt ihn also kein verantwortliches Reichsministerium. Eine Partei in der National-Versammlung wollte für diese Privat-Beziehungen seine Verantwortlichkeit vorbehalten, und man wird ihr allerdings beipflichten müssen. Nur gehen wir darin weiter, daß wir die Verantwortung auf den Monarchen zurückwerfen auch in dem Fall, wo er verfassungswidrig allein gehandelt hat, daß wir also kurz die persönliche Verantwortung des Oberhaupts annehmen bei allen Handlungen, welche nicht von einem Minister vertreten sind.

Man sage nicht: wenn man einmal um der Ruhe des Staats willen für nothwendig erkennt, das Oberhaupt den persönlichen Angriffen zu entziehen, mit andern Worten dasselbe rechtlich für unverletzbar zu erklären, so müsse man seine Stellung auch unangreifbar machen hinsichtlich seines Privatwandels, wohin sonst um so gewisser die Pfeile der Opposition sich richten würden. Wir läugnen, daß die Ruhe des Staats und das Ansehen der Krone gesicherter sind unter einem ganz unverantwortlichen Oberhaupte, oder daß die Handlungen des Monarchen weniger Aergerniß geben, weil seine Person als heilig und unverletzlich in der Verfassung dasteht. Exempla terrent! Nur ein Ausweg ließe sich denken, beiderlei Meinungen zu vereinigen, nämlich die Unverantwortlichkeit zu beschränken auf die Regierungszeit, nachher aber, wenn das Oberhaupt in die Klasse der Staatsbürger zurückgetreten, ihn wegen begangener Verbrechen nachträglich in Untersuchung und Strafe zu ziehen. Dabei wird freilich vorausgesetzt, daß die Regierung auf eine gewisse Zahl von Jahren beschränkt ist, also entweder ein vorausbestimmter Wechsel unter mehreren Folgeberechtigten eintritt oder eine Wahl auf voraus festgesetzte Zeit. Doch zweifeln wir, daß auch hiermit geholfen wäre. Gesetzt ein Verbrechen wäre begangen gegen den Staat oder einen Einzelnen, kann man der Nation zumuthen, das verbrecherische Oberhaupt länger auf dem Throne zu dulden — um einer Fiktion willen? Gewiß nicht! Also machen wir uns keine unnöthigen Täuschungen, welchen die Geschichte und der gesunde Sinn des Volkes widerspricht. Die aus dem göttlichen Recht der Könige abgeleitete Unverantwortlichkeit hat noch keinen Monarchen geschützt, dem nicht zugleich die Macht zur Seite stand, sich der Verantwortung zu entziehen. Der Satz: duo si faciunt idem non est idem wird nicht allenthalben respektirt.

Unseres Dafürhaltens sollte also eine Verantwortung des Oberhaupts wegen seiner Privathandlungen (sowie wegen seiner nicht von einem Minister gezeichneten Regierungshandlungen) allerdings eintreten, aber nur auf Beschluß der gesammten Reichsversammlung, welche zugleich einen Reichsverweser zu bestellen hätte. Uebrigens wird ein solcher Fall nicht leicht eintreten. Die Wahl des Oberhaupts, ausgehend von der Reichsversammlung, bietet eine größere Gewähr für die persönliche Tüchtigkeit des Oberhaupts, als der Vorzug der Geburt, welchem nicht immer eine vorzügliche Erziehung zur Seite steht. Wird vollends die Wahl, wie oben S. 180 vorgeschlagen worden, nicht lebenslänglich, sondern nur auf eine Anzahl von Jahren vorgenommen, so ist damit Alles erreicht, was nur irgend im Interesse der Freiheit und der menschlichen Vorsicht gewünscht werden kann — wir haben ein freistaatliches Oberhaupt mit der Würde eines Königs, dem gewiß auch die Würdigkeit nicht fehlen wird.

Es sei uns gestattet, noch einige Worte beizufügen über einen Gegenstand, der oben S. 179 Nro. 3 kurz angedeutet ist [1]). Der Gedanke, die Territorial-Eintheilung Deutschlands natürlicher zu gestalten und auf die alten, noch jetzt im Volke erhaltenen Stammesunterschiede zurückzuführen, ist seither von verschiedenen Seiten aufgegriffen worden, namentlich in einer anziehenden Abhandlung des württembergischen Generallieutenants v. Bangold:

> Die materielle Begründung des deutschen Bundesstaates durch die organische Gestaltung der Staatengebiete. Stuttgart und Tübingen 1848.

Der Verfasser sagt offen: „es würde das Uebermaaß der politischen Unklugheit sein, wenn Deutschland durch ein träges Beharren in seiner bedauernswerthen Zersplitterung sich auf ewige Dauer zu seiner gegenwärtigen Inferiorität schmählich verurtheilen wollte.“ Und er ist daher gleichfalls der Meinung, daß einzelne Dynastien als überzählig ausgeschieden werden; wogegen von dem frommen treuen Biedersinn des deutschen Volkes erwartet wird, daß dasselbe für eine vollgenügende Apanage der resignirten Fürsten sorgen werde.

---

1) Vgl. die kleine Schrift: Die Aufgabe der deutschen National-Versammlung S. 13 und 14.

Ob solche Mediatisirungen auch unfreiwillig geschehen können, ist eine Rechtsfrage, die nicht aus dem Privatrechte, sondern aus dem Staatsrechte, und zwar aus dem in seinen ersten Grundlagen bereits vorliegenden nationalen Staatsrechte zu beurtheilen ist. Die Frage bietet unseres Erachtens keine Schwierigkeiten dar, so wie man darüber einverstanden ist, daß jene Mediatisirungen eine Staatsnothwendigkeit sind. Man hat in den ersten Jahren dieses Jahrhunderts sich mit ganz anderen Gründen begnügt, um Hunderte von Landesherrn der neu entstandenen Souveränität vormaliger reichsständischer Kollegen unterzuordnen. Damals war es der militärische Despotismus, welcher unbekümmert um das Wohl der Unterthanen, lediglich im Interesse der begünstigten Souveräne und im Interesse Frankreichs die tief eingreifenden Veränderungen herbeiführte. Jetzt ist das Volkswohl (salus publica) das oberste Gesetz im Staate geworden, und statt sich die Mediatisirungen von auswärtigen Mächten auferlegen zu lassen, werden die kleineren Herren und ihre Gebiete nunmehr dem Ausspruche der National-Versammlung sich bequemen müssen.

Hierzu kommt noch eine andere Betrachtung. Auf dem Standpunkte der heutigen Volkssouveränität ist die Regierung nicht mehr zunächst ein Recht, sondern eine Pflicht, nicht ein beneficium, sondern ein officium, ein öffentlicher Auftrag, ausgehend von der Nation — ein Reichsamt. Wenn nun aber die Regierungen kleinerer Staaten unmöglich mehr diesem Auftrag entsprechen können, oder wenn andererseits die Organisation Deutschlands und das Bedürfniß einer gleichmäßigen und wohlfeilen Regierung das eine oder andere Reichsamt überflüssig machen, so läßt sich die Auflösung desselben nicht umgehen.

Wenden wir uns zu der vorliegenden Schrift. Der Verfasser betrachtet seinen Gegenstand hauptsächlich vom militärischen Standpunkt. Er findet, daß im Interesse der kriegerischen Vertheidigung die Ländermassen compakter gebildet werden sollten. Es sollten namentlich aus den 7 Staaten an der oberen Westgränze Deutschlands: Baden, Württemberg, beiden Hohenzollern, beiden Hessen, Nassau zwei Königreiche je mit einem geschlossenen selbständigen Armeekorps gebildet werden: Schwaben und Hessen. Der deutsche Bund würde nach seinem Plane schließlich aus 7 Königreichen: Preußen, Oestreich, Bayern, Schwaben, Hessen, Sachsen und Han-

nover, ferner aus 6 Großherzogthümern: Weimar, Coburg, Oldenburg, Meklenburg, Schleswig-Holstein-Lauenburg und Luxemburg, und aus der freien Stadt Frankfurt bestehen, also die Zahl der Bundesglieder auf 14 vermindert werden.

Wir müssen dem Leser überlassen, die Schrift selbst nachzulesen; aber einige Bemerkungen wollen wir uns dennoch erlauben:

1) Nachdem das gesammte Heerwesen der Reichsgewalt untergeordnet ist, welche jetzt schon die Oberbefehlshaber, später aber vermuthlich alle Offizierstellen zu besetzen hat, fallen die Motive des Verfassers für seinen Plan großentheils hinweg. Dagegen werden sich, je mehr die Einheit Deutschlands in Hinsicht auf seine militärische Organisation, seine Civil- und Criminalgesetzgebung und allgemeine Repräsentation künftig ausgebildet wird, um so peinlichere administrative Verwicklungen aus der jetzigen Getheiltheit Deutschlands in 38 oder vielmehr 39 Staaten herausstellen.

Die relative Selbständigkeit dieser Staaten ist auf die Länge unhaltbar. Die badische Regierung befindet sich schon seit mehreren Monaten außer Stand, ohne fremde Hülfe die Ordnung aufrecht zu erhalten. Kurhessen ist nahe daran, sich Hessendarmstadt anzuschließen, und wird nur noch durch sein Ministerium, nicht durch den Kurfürsten regiert. Das Herzogthum Braunschweig-Wolfenbüttel sieht einer nahen Vereinigung mit der jüngern Linie Braunschweig-Lüneburg oder Hannover entgegen. Die kleineren sächsischen Häuser denken im Ernste daran, einen besonderen Bund und ein gemeinsames Ministerium zu errichten, um dadurch sich vor dem Untergang zu retten. Schleswig, Holstein und Lauenburg, und auf der andern Seite die freien Städte Hamburg, Lübeck und Bremen sind sich durch die gemeinsamen Gefahren in dem gegenwärtigen dänischen Kriege näher gerückt. So wird also, wenn nicht bald die National-Versammlung die Territorialfrage in die Hände nimmt, diese sich theilweise ohne ihr Zuthun lösen. Doch ist bei der Wichtigkeit der Sache zu hoffen, daß unverzüglich eine Territorial-Commission niedergesetzt und dieser die Frage in ihrem ganzen Umfange zur Begutachtung übertragen werde.

2) Was die Entschädigung der ausfallenden fürstlichen Familien betrifft, so möchte diese im Interesse derselben nicht durch Anweisung von Apanagen, sondern durch Zutheilung von Domänen zu beschaffen sein. Dabei kann jedoch der Vorgang der rheinischen Bundes-

akte, welche den Mediatisirten alle Domänen als Privateigenthum überlassen, nicht entscheiden. Bei dieser Zutheilung blieb außer Acht, daß die Domänen oder Kammergüter der Fürsten nicht blos zum Unterhalte der regierenden Familie, sondern auch zu Bestreitung der Regierungs-Ausgaben dienten. Nur wo eine Abtheilung zwischen Staats- und Privat-Domänen bereits stattgefunden hat, wären diese der Familie unbeschränkt zu überlassen. Wo dagegen alle Domänen zu Staatseigenthum erklärt sind, würde die Abfindung nach Verhältniß der eingeräumten Civilliste zu bestimmen sein, jedoch unter Abzug eines sehr bedeutenden Theils für den wegfallenden Standes-Aufwand.

Eine Revision der Civillisten und Apanagen auf dem Wege der Gesetzgebung wird auch in den künftigen Reichslanden vorzubehalten sein, in Berücksichtigung, daß die Stellung der Fürsten in der neuen Verfassung eine andere geworden.

3) Die Erhebung einzelner Lande zu Königreichen oder Großherzogthümern, wie sie B. vorschlägt, entspricht nicht der Bedeutung, welche der Territorial-Verband künftig im Reiche einnehmen wird. Unseres Erachtens wäre vielmehr nicht blos die Souveränität oder unbeschränkte Staatsgewalt, sondern auch die Titulatur, welche einzelne Territorien in Folge des Preßburger Friedens und späterer Völkerverträge erworben haben, wieder aufzugeben, nur unter Belassung der neuen Titel und Prädikate für die gegenwärtigen Souveräne auf Lebenszeit, und unter Verwandlung derjenigen älteren Titel, welche mit Reichs- oder Kirchenämtern zusammenhiengen (Kurfürstenthum, Erzbisthum) in andere entsprechende Bezeichnungen. Ein Herzogthum Schwaben und ein vereinigtes Herzogthum Hessen werden nicht mehr und nicht weniger bedeuten, als die von Bangold beantragten Königreiche dieses Namens. Auch die Königreiche Sachsen und Hannover werden gerne in den Rang von deutschen Herzogthümern zurücktreten unter der Bedingung, daß sie überhaupt erhalten und angemessen erweitert werden. Der Unterschied zwischen Franken und Bayern lebt nicht blos im Volke, sondern er ist auch offiziell in Bayern anerkannt. Wie einst die Herzogthümer Franken und Schwaben in dem Haupte eines Hohenstaufen sich zusammenfanden, so wird auch das Haus der Wittelsbacher forthin den fränkischen und bayrischen Herzogshut tragen; sollte es aber daneben der Königs-Krone bedürfen, welche bekanntlich sehr neuen Datums

in Bayern ist, um jenes alte Geschlecht auszuzeichnen? Auch gegen die gleichzeitige Beziehung verschiedener Provinzen zu dem östreichischen und preußischen Hause ist nichts zu erinnern, und diesen beiden Häusern muß zugleich der königliche Titel, ruhend auf Böhmen, beziehungsweise auf der Provinz Preußen, als ein altberechtigter zuerkannt werden.

Um so größere Schwierigkeiten werden sich dagegen in Zukunft der Realunion jener Provinzen entgegenstellen, d. h. der Vereinigung derselben zu einem organischen Mittelpunkt in Verfassung und Verwaltung, namentlich der Fortdauer der neu gebildeten Gesammtrepräsentation in Wien und Berlin, zumal da auch noch fremdartige Bestandtheile, z. B. Gallizien, Polnisch-Posen beigemischt sind. Dadurch gestaltet sich nicht nur die Unterordnung unter das deutsche Reich als eine verschiedenartige, indem einzelne deutsche Territorien unmittelbar, andere mittelbar demselben einverleibt sind, sondern es wird auch die Bedeutung des deutschen Nationalverbandes geschwächt und eine politische Größe in jenen Gesammtmonarchien erhalten, welche dem Reiche auf's Neue gefährlich werden könnte. Es sollte daher den genannten Häusern überlassen werden, entweder mit einer Personal-Verbindung der besessenen Reichslande (unter Einsetzung persönlicher Statthalter in denselben) sich zu begnügen, oder durch eine Secundo- oder Tertiogenitur den Uebergang der einzelnen Lande an ein besonderes erbliches Oberhaupt einzuleiten.

Bei denjenigen Ländern, welche unter einem auswärtigen Hause stehen, wie Schleswig-Holstein und Lauenburg, und Luxemburg mit Limburg, sprechen für die besondere Verfassung und Verwaltung noch weitere politische Gründe, welche so eben bei Berathung der Verhältnisse Limburgs zu den Niederlanden in der National-Versammlung geltend gemacht worden sind. Den drei zuerst genannten Herzogthümern wird hoffentlich der künftige Frieden mit Dänemark, die Auflösung ihrer Abhängigkeit von dem dänischen Hause bringen.

XII.

Deutsche Wechselordnung

mit Anmerkungen

von

Schöff Dr. Souchay

in Frankfurt.

Ein Vorschlag, welcher wie eine Phantasie erschien, als ihn der würtembergische Abgeordnete bei der Münchener Zoll-Conferenz im Jahre 1836 zum ersten Mal vorbrachte — eine gemeinschaftliche Wechselordnung für den Zollverein, für Deutschland — ein Vorschlag, welcher 10 Jahre darauf wiederholt und von der preußischen Regierung nicht allein aufgenommen, sondern mit einem sehr gelungenen Entwurf begleitet wurde, welchen letzteren die Leipziger Conferenz sodann in noch vollendetere Gestalt verwandelt hat [1]) — er ist denn endlich im Jahre 1848 als Reichsgesetz zur Wirklichkeit geworden!

Mögen sich ihm nun zunächst in solchen Bereichen des Rechts, wo es am thunlichsten ist, nämlich in Hinsicht auf das Verfahren, besonders in Strafsachen, sodann in Hinsicht auf das Strafrecht, ferner über Handelsrecht und endlich über das bürgerliche Recht, andere Werke einer gemeinschaftlichen deutschen Gesetzgebung anschließen. Bei dem Verfahren handelt es sich, wie bei den Formen des Wechselrechts, meistens nur darum, was das zweckmäßigere ist? Bei dem Rechte selbst, namentlich bei dem Handelsrecht, fragt sich noch weiter: was das gerechtere ist? Verständige und gerechte Leute können sich hierüber schon einigen. Der Handel bewegt sich

---

1) S. über diesen Entwurf die Anzeige von Reyscher oben S. 295 ff. Vgl. Souchay über die neueste deutsche Gesetzgebung in Wechsel-Sachen Bd. XI, S. 1 dieser Zeitschrift.

mehr oder weniger in ganz Europa in denselben Verhältnissen und gestattet sonach gleichmäßige Vorschriften. Aber Verschiedenheit der Boden-Verhältnisse, der Lebensweise, der Sitten, ist an der Ost- und Nord-See und am Ober-Rheine groß; ein gemeinsames bürgerliches Gesetzbuch für die dort und hier lebenden deutschen Stämme setzt noch Vieles voraus und wird immerhin nur mit mancherlei Abweichungen in einzelnen Verhältnissen durchgeführt werden können. Diese schwerste Arbeit sei die letzte!

Es ist weder meine Absicht über die neue deutsche Wechsel-Ordnung eine Kritik, noch auch über dieselbe einen Commentar zu schreiben. Das erstere verdient sie nicht, weil sie ein gelungenes, und das letztere bedarf sie nicht, weil sie ein recht klares Werk ist. Indessen versteht man doch manche Bestimmungen besser, wenn man damit die Beweggründe des Gesetzgebers vergleicht; manche Lücken des Gesetzes werden eben hierdurch ergänzt, manche Betrachtung über die künftige Durchführung einzelner Sätze wird hervorgerufen. Dazu soll durch die nachstehenden Bemerkungen in dieser Zeitschrift, welche nunmehr durch den vorliegenden Anfang einer neuen deutschen Gesetzgebung eine weitere Berechtigung ihres Daseyns gewonnen hat, ein Beitrag geliefert werden.

Gesetz, betreffend die Einführung einer allgemeinen Wechselordnung für Deutschland,

vom 26. November 1848 [1]).

Der Reichsverweser, in Ausführung des Beschlusses der Reichsversammlung vom 24. November 1848, verkündet als Gesetz:

I. Einführungsgesetz.

Art. 1. Die nachstehende allgemeine deutsche Wechselordnung tritt mit dem 1. Mai 1849 in dem deutschen Reiche in Gesetzeskraft.

Art. 2. Die zur Ausführung dieser Wechselordnung in den

---

1) Warum heißt das Gesetz nicht geradezu Wechselordnung? Und warum die Unterscheidung zwischen I. Einführungs-Gesetz und II. Wechselordnung? Schön nimmt sich die Voranstellung des erstern wenigstens nicht aus.

Einzelstaaten etwa erforderlichen von diesen zu erlassenden Bestimmungen dürfen keine Abänderungen derselben enthalten.

II. Allgemeine deutsche Wechselordnung.

Erster Abschnitt. Von der Wechselfähigkeit.

Art. 1. Wechselfähig ist Jeder, welcher sich durch Verträge verpflichten kann.

Bei der Fassung des Art. 1 ist zu bemerken, daß hier die Wechselfähigkeit von der Fähigkeit, sich im Allgemeinen durch Verträge verpflichten zu können, abhängig gemacht wird. In dieser Allgemeinheit sind also nur diejenigen davon ausgenommen, welche überhaupt keine Verträge schließen können, nicht diejenigen, welche nur eine gewisse Art von Verträgen nicht schließen können. Die Fähigkeit, sich durch Verträge verpflichten zu können, ist eine rechtliche Eigenschaft der betreffenden Person; hierüber müssen also die sog. Personal-Statuten entscheiden, d. h. die Gesetze desjenigen Landes, welchem der sich Verpflichtende als Bürger angehört (Wächter, im Archiv für civil. Praxis XXV. S. 176. Seuffert, Archiv II.). Es handelt sich hier nicht von der Form einer gewissen rechtlichen Handlung, also ist die Regel: locus regis actum in Bezug auf die Vertragsfähigkeit von keiner Bedeutung; auch handelt es sich nicht von der Absicht der Contrahenten darüber, welchen Gesetzen sie sich bei der Uebernahme wechselrechtlicher Verpflichtungen zu unterwerfen geneigt sind; denn es kommt hierbei nicht auf ihren Willen, sondern auf bestimmte gesetzliche Vorschriften an, und ist also der Ort des geschlossenen Vertrags in dieser Beziehung gleichgültig. Wenn einzelne Personen eine gewisse Art von Verträgen nicht zu schließen befugt sind, Frauen z. B. keine Bürgschaft übernehmen dürfen, so sind sie nach der Fassung unseres Art. 1 demungeachtet wechselfähig; denn sie können sich im Allgemeinen durch Verträge verpflichten. Hierüber kommt in dem Protokoll der Leipziger Commission vom 22. Oktober 1847 eine Aeußerung vor, welche das Gesagte bestätigt.

„Endlich", heißt es daselbst, „entstand — die Frage:

„Ob — Frauen von der Wechselfähigkeit auszuschließen seyn dürften? —

Diese Frage ward — verneinend entschieden, weil — die Möglichkeit einer unstatthaften Intercession für einen Dritten bei Beurtheilung eines formellen Geschäfts nicht in Betracht komme." —

(Vergl. hiermit Thöl, Handelsrecht II. §. 154 Note 7. Unter anderen Argumenten werden für den Inhaber des Wechsels, der von der Inter-

cession nichts weiß, l. 11. 12. 17. D. ad S. C. Vellej. angeführt. Wie aber, wenn er davon weiß, wenn er weiß, daß der Wechsel-Vertrag nur ein contractus mohatrae ist? — Ohne eine positive Vorschrift würden die Streitfragen hier schwer zu schlichten sein.) Es hat sonach der Dritte, auf welchen ein Wechsel übertragen wird, der von einer Frau ausgestellt ist, sich nicht darum zu bekümmern, ob jene Frau durch ihre Wechselunterschrift vielleicht eine unstatthafte Bürgschaft vollzogen habe? Frauen können sich im Allgemeinen durch Verträge verpflichten, also sind sie wechselfähig. Etwas Anderes wäre es, wenn Derjenige Inhaber des Wechsels und Kläger wäre, welchem sich die Frau durch Ausstellung desselben verbürgt hat. Hier würde die Einrede der Frau unmittelbar gegen den Kläger gerichtet, und auf die ihm ungültig geleistete Bürgschaft begründet, sonach die Frage hauptsächlich die sein: ob die Einrede liquid sei? Wäre sie dieses nicht, so entstände die weitere Frage, was die Gesetzgebung des Orts, wo geklagt wird, wegen solcher nicht liquider Einreden bestimme? Der Artikel 91 der Frankfurter Gerichts-Ordnung vom 30. Decbr. 1819 bestimmt in diesem Fall gerichtliche Hinterlegung der Wechsel-Summe, wogegen die Leipziger-Conferenz am 23. Nov. 1847 sich allgemein dahin ausgesprochen hatte, daß illiquide Einreden unter allen Umständen im Wechselprozeß ausgeschlossen sein möchten. Allein die prozessualischen Vorschriften des ersten Entwurfs sind später sämmtlich weggelassen worden. (Vgl. Treitschke, Encyclopädie II. S. 206. I. 399.) Gleiche Bewandtniß wird es haben, wenn ein Haussohn Wechsel über Darlehn ausstellt (v. Thöl a. a. O. Note 8); oder ein Soldat über Darlehn, die er ohne Consens des Kriegszeugamtes nicht aufnehmen darf (Frankf. Verordn. vom 13. Jan. 1755). Den dritten Inhaber des Wechsels gehen diese Verhältnisse nichts an, da Haussöhne und Soldaten im Allgemeinen sich durch Vertrag verpflichten können.

Minderjährige — Wahnsinnige — gerichtlich erklärte Verschwender — kurz alle diejenigen, welche nach rechtlicher Vorschrift keinen Willensausspruch thun, und demnach sich nicht durch Verträge verpflichten können, sind wechselunfähig und die von ihnen übernommenen Wechsel-Verpflichtungen sind kraftlos, ohne Beschränkung.

Art. 2. Der Wechselschuldner haftet für die Erfüllung der übernommenen Wechselverbindlichkeit mit seiner Person und seinem Vermögen.

Jedoch ist der Wechselarrest nicht zuläßig:

1) gegen die Erben eines Wechselschuldners;
2) aus Wechselerklärungen, welche für Corporationen oder andere juristische Personen, für Aktiengesellschaften oder in Angelegenheiten solcher Personen, welche zu eigener Vermögensverwal-

tung unfähig sind, von den Vertretern derselben ausgestellt werden;

3) gegen Frauen, wenn sie nicht Handel oder ein anderes Gewerbe treiben.

Inwiefern aus Gründen des öffentlichen Rechts die Vollstreckung des Wechselarrestes gegen andere als die vorgenannten Personen Beschränkungen erleidet, ist in besonderen Gesetzen bestimmt.

Der Schlußsatz des Art. 2 verweist in Hinsicht auf weitere Beschränkungen des Wechsel-Arrestes auf besondere Gesetze, d. h. auf besondere Landesgesetze. Gründe des öffentlichen Rechts sollen hierüber entscheiden. Was man aber hierbei unter öffentlichem Recht verstanden hat? ist nicht recht klar. Das Conf. Prot. vom 23. Oktbr. 1847 sagt: „Nur darüber war man nicht einerlei Meinung, ob die Zulässigkeit einer weiteren Beschränkung allgemein oder nur für diejenigen Fälle, in welchen das öffentliche Recht die Anwendung der persönlichen Haft unthunlich mache, ausgesprochen werden solle." — Von dem öffentlichen Recht, insofern es solches durch seine Publikation geworden sein möchte, kann hier keine Rede sein; denn in diesem Sinn, wo der Gegensatz nur das Gewohnheitsrecht wäre, wird der Ausdruck nicht gebraucht. Es wird also die Rede sein von demjenigen Recht, welches seine Entstehung nicht den Rücksichten auf die Verhältnisse einzelner Bürger, oder auf Mein und Dein verdankt, sondern denjenigen Rücksichten, welche die öffentlichen Verhältnisse gebieten, mit andern Worten: es sollen aus Gründen des öffentlichen Wohls, deren Erkenntniß den einzelnen Staaten anheim gegeben ist, weitere Ausnahmen von der Verhaftung des Wechselschuldners mit seiner Person gemacht werden können.

Solche weitere Ausnahmen sind in Frankfurt in dem Gesetz vom 12. Novbr. 1844 beibehalten worden: für Militärpersonen im Dienst, so wie für die bei dem Stadttheater angestellten Schauspieler, Sänger und Musiker.

Im Herzogthum Sachsen-Meiningen durch Verordnung vom 22. April 1848 für Geistliche, Militärpersonen und Feldjäger, für andere öffentliche Diener nur insofern, daß ihrer vorgesetzten Dienstbehörde die Veranlassung zur Einberufung von Stellvertretern gegeben werden muß, ehe der Arrest vollstreckt wird.

In einer Hamburger Zusatz-Verordnung wird sich in dieser Beziehung auf die Grundsätze über Schuldarrest überhaupt bezogen. In einem preußischen Entwurf zu einer Einführungs-Ordnung wird die Ausnahme für Offiziere und Soldaten, so wie für Landwehrmänner im Dienste vorgeschlagen.

Zum Verständniß des Art. 2 überhaupt dient die Bemerkung, welche

in den Motiven zu dem ersten Entwurf dieser Wechselordnung so aufgenommen war: „Wenn der Art. 2 bei einigen Personen und in einigen Fällen die Personalhaft ausschließt, so ist zu bemerken, daß sich dieß auf den schleunigen Wechsel-Arrest bezieht. Insoweit gegen die hier genannten Wechselschuldner nach den bestehenden Gesetzen die Personalhaft, als gewöhnliches Exekutionsmittel, wegen aller Forderungen, stattfindet, insoweit wird er auch wegen ihrer Wechselschulden zuläßig bleiben. Nach der allgemeinen (preußischen) Gerichtsordnung wird deßhalb z. B. auch gegen Frauen und Erben wegen Wechselschulden Personalarrest verhängt werden können, aber nicht sofort, sondern erst wenn feststeht, daß aus dem Vermögen die Schuld nicht beigetrieben werden kann.

Art. 3. Finden sich auf einem Wechsel Unterschriften von Personen, welche eine Wechselverbindlichkeit überhaupt nicht, oder nicht mit vollem Erfolge eingehen können, so hat dieß auf die Verbindlichkeit der übrigen Wechselverpflichteten keinen Einfluß.

Es kann, nach Vorschrift dieses Art. 3, ein Wechsel, den ein Wechselunfähiger ausgestellt und indossirt hat, von dem Indossaten mit voller Wirkung weiter indossirt werden; nur der Aussteller haftet nicht daraus. Aus der Wechselunfähigkeit eines Indossanten kann weder von seinen Vormännern eine Einrede gegen den dritten Inhaber hergeleitet, noch gegen seine Nachmänner geltend gemacht werden (Vgl. meine Bemerk. zu den Frankf. Wechselgesetzen S. 10. 11. Thöl §. 155. (IV).) Es wird der Grundsatz festgehalten, daß jede der verschiedenen auf dem Wechsel befindlichen Erklärungen, ungeachtet der Identität des Objekts, als ein eigenes, selbstständiges, von der Verbindlichkeit der übrigen Erklärungen unabhängiges und nur nach seinen eigenen Voraussetzungen zu beurtheilendes Wechselgeschäft zu betrachten sei (Motive zum ersten Entwurf.)

Ueber die Frage: inwieweit ein an sich ungültiger Wechsel durch Hinzutritt einer eidlichen Verpflichtung gültig werde? hielt es die Leipziger Conferenz für angemessen, auf das Civilrecht zu verweisen. Gerade diese Verweisung scheint jedoch Zweifel und Schwierigkeiten bei der Entscheidung anzudeuten. In der That sind solche vorhanden. Vergl. Glück, Comment. V. S. 558 flg. Meine Bemerk. zu den Frankf. Wechselges. S. 11 flg und zur Reformation. Thl II. Tit. 1. §. 2. (VI.) Thöl §. 155 (III.) sagt: „die Wechselunfähigkeit kann nicht durch Privatwillkühr zur Wechselfähigkeit werden. Denn der Rechtssatz, welcher sie ausspricht, will ja eben, daß der Wille des Wechselunfähigen einen Wechselvertrag nicht soll hervorbringen dürfen. Hieraus ergibt sich: der Wechsel eines Wechselunfähigen verpflichtet diesen auch dann nicht wechselrechtlich, wenn — eidliche Anerkennung (clausula juratoria) hinzukam" — Hiergegen ließe sich einwenden; die Vertragsunfähigkeit im Allgemeinen kann zwar

nicht durch Privatwillkühr zur Vertragsfähigkeit werden. Aber aus einer falsch angewendeten Religiosität hat der Kaiser Friederich in der Auth. Sacramenta puberum die bekannte Ausnahme von der Vertragsunfähigkeit der Minderjährigen zugelassen. Wechselfähig ist nach Art. 1, wer sich durch Verträge verpflichten kann, also auch der Minderjährige da, wo er es ausnahmsweise kann. Indessen ist der Meinung von Thöl doch beizustimmen aus folgenden Gründen: Nach gemeinem Recht waren Verträge der Mündigen an und für sich gültig, den Minderjährigen wurde jedoch wegen Verletzung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben. Diese blieb bei eidlich bestätigten Verträgen ausgeschlossen. Nach der Wechselordnung aber sind Minderjährige u. s. w. wechselunfähig, ihre Unterschriften sind mithin als nicht vorhanden zu betrachten, und es bedarf keiner Restitution. (S. meine Anmerk. zu den Wechselges. der fr. Stadt Frankfurt S. 12. 13.)

Zweiter Abschnitt. Von gezogenen Wechseln.

I. Erfordernisse eines gezogenen Wechsels.

Art. 4. Die wesentlichen Erfordernisse eines gezogenen Wechsels sind:

1) die in den Wechsel selbst aufzunehmende Bezeichnung als Wechsel, oder wenn der Wechsel in einer fremden Sprache ausgestellt ist, ein jener Bezeichnung entsprechender Ausdruck in der fremden Sprache;
2) die Angabe der zu zahlenden Geldsumme;
3) der Name der Person oder die Firma, an welche oder an deren Ordre gezahlt werden soll (des Remittenten);
4) die Angabe der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll; die Zahlungszeit kann nur festgesetzt werden
   auf einen bestimmten Tag,
   auf Sicht (Vorzeigung, a vista rc.) oder auf bestimmte Zeit nach Sicht,
   auf eine bestimmte Zeit nach dem Tage der Ausstellung (nach dato),
   auf eine Messe oder einen Markt (Meß- oder Markt-Wechsel);
5) die Unterschrift des Ausstellers (Trassanten) mit seinem Namen oder seiner Firma;
6) die Angabe des Ortes, Monatstages und Jahres der Ausstellung;

7) der Name der Person oder die Firma, welche die Zahlung leisten soll (des Bezogenen oder Trassaten);

8) die Angabe des Ortes, wo die Zahlung geschehen soll; der bei dem Namen oder der Firma des Bezogenen angegebene Ort gilt für den Wechsel, insofern nicht ein eigener Zahlungsort angegeben ist, als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Bezogenen.

Art. 5. Ist die zu zahlende Geldsumme (Art. 4 Nr. 2) in Buchstaben und in Ziffern ausgedrückt, so gilt bei Abweichungen die in Buchstaben ausgedrückte Summe.

Ist die Summe mehrmals mit Buchstaben oder mehrmals mit Ziffern geschrieben, so gilt bei Abweichungen die geringere Summe.

Art. 6. Der Aussteller kann sich selbst als Remittenten (Art. 4. Nr. 3) bezeichnen (Wechsel an eigene Ordre).

Deßgleichen kann der Aussteller sich selbst als Bezogenen (Art. 4. Nr. 7) bezeichnen, sofern die Zahlung an einem anderen Orte, als dem der Ausstellung, geschehen soll (trassirt-eigene Wechsel).

Zu den wesentlichen Erfordernissen eines Wechsels gehört *nunmehr* nach der allgemeinen deutschen Wechselordnung: 1) daß solcher wörtlich und ausdrücklich als Wechsel bezeichnet werde. Unbenommen bleibt es jedoch den einzelnen deutschen Gesetzgebungen, anderen Papieren gleichfalls Wechselkraft zu verleihen. Von Hamburg und Frankfurt war vorgeschlagen worden, daß jedes auf Ordre lautende, die Eigenschaft einer Zahlungsanweisung an sich tragende gezogene Papier Wechselkraft erhalten möge, wogegen in dem preußischen Entwurf zur deutschen Wechselordnung keine Ausnahme von den in Art. 4 (1) enthaltenen Grundsätzen zugelassen werden wollte, in dem sächsischen Entwurfe aber nur hinsichtlich der Acceptation ein Unterschied zwischen der Tratte und der Anweisung gemacht wurde (vgl. meine Bemerk. über Wechselgesetzgebung in der deutschrechtl. Zeitschrift Bd. XI. Heft 1 §. 3).

Die Verschiedenheit des Bedürfnisses und der Gewohnheit in den verschiedenen Staaten hat nunmehr zu der Bestimmung geführt, daß nur partikularrechtlich solche Urkunden, die nicht als Wechsel bezeichnet sind, dennoch Wechselkraft erhalten mögen. In Frankfurt wird die Wechselkraft der Anweisungen an Ordre und der sog. Kassen-Anweisungen (zur Zahlung des Wechselbetrags, oder der Wechsel-Valuta), ebenso wird in Sachsen und Thüringen die Wechselkraft von Anweisungen aufrecht erhalten werden, weil sie da zur Geschäfts-Erleichterung der Fabrikanten dienlich befunden werden. (Vgl. Protokoll der Leipziger Conferenz vom 25/26. Oktober 1847.)

Nur Geld kann zum Gegenstande wechselrechtlicher Verpflichtungen gemacht werden (Art. 4 (2) der Wechselordn. Thöl §. 153.) Ferner muß in dem Wechsel der Name der Person, oder die Firma bezeichnet sein, an welche oder an deren Ordre gezahlt werden soll (Art. 4 (3) der Wechselordn.). Hiermit sind die Wechsel au porteur ausgeschlossen. Daß ein Bedürfniß für solche Wechsel bestehe, wurde in der Leipziger Conferenz (Prot. vom 25. Oktober 1847) nicht und um so weniger anerkannt, als das Indossament in blanco auf Wechseln an eigene Ordre eintretenden Falls eine Aushülfe gewähren möge. Von anderer Seite wurde gegen solche Wechsel eingewendet, daß sie als eine Art von Kassenscheinen, Banknoten und Papiergeld anzusehen sein würden, dessen Creirung Privaten nicht zu gestatten sein dürfe.

Durch die Bestimmung in Art. 4 (4) der W.O. werden die Wechsel a uso, a piacere u. dgl. ausgeschlossen. Es soll eine Verfallzeit in dem Wechsel selbst bestimmt ausgesprochen werden. Bei Wechseln, welche auf eine Messe, oder auf einen Markt zahlbar lauten, ergibt sich der bestimmte Termin, wenn man die Zeit weiß, zu welcher gesetzlich die betreffende Messe, oder der Markt gehalten wird, und wann auf solchen zu zahlen ist. In dieser Beziehung verordnet der Art. 7 des Frankfurter Gesetzes vom 12. Novbr. 1844, daß in der Regel (wenn nichts anderes ausgesprochen ist) der Samstag und zwar der Samstag der zweiten Meßwoche als Zahltag gilt.

Die übrigen wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels ergeben sich hinreichend aus dem Gesetz, und Alles, was darin nicht als wesentlich gefordert wird, ist es nicht; z. B. also ist es nicht wesentlich, daß der Wechsel auf einen von dem Orte der Ausstellung verschiedenen Ort gezogen werde. Nur dann ist dieses wesentlich, wenn der Aussteller sich selbst als Bezogenen bezeichnet, bei den sog. trassirt-eigenen Wechseln (Art. 6 der Wechselordnung).

Art. 7. Aus einer Schrift, welcher eines der wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels (Art. 4) fehlt, entsteht keine wechselmäßige Verbindlichkeit. Auch haben die auf eine solche Schrift gesetzten Erklärungen (Indossament, Accept, Aval) keine Wechselkraft.

Wenn einer Urkunde das wesentliche Erforderniß eines Wechsels fehlt, so entsteht daraus überhaupt keine wechselmäßige Verbindlichkeit; die regelmäßige Beschaffenheit späterer Erklärungen auf derselben können hieran nichts ändern. Anders ist es nach Art. 3 der Wechsel-Ordnung, wenn einer von denen, welche sich wechselrechtlich verpflichtet haben, nicht wechselfähig war, indem dieser Umstand auf die Verbindlichkeit der übrigen Wechselverpflichteten von keinem Einfluß ist. Die Frage: ob und in welchem Maaße aus einer mangelhaft ausgestellten Wechselerklärung

ein nicht wechselmäßiger Anspruch stattfinde? ist aus dem Civilrecht zu beantworten. (Prot. der Leipz. Confer. vom 26. Oktbr. 1847.)

II. Verpflichtung des Ausstellers.

Art. 8. Der Aussteller eines Wechsels haftet für dessen Annahme und Zahlung wechselmäßig.

Ueber die hier enthaltene Bestimmung vergl. Heise in Heise und Cropp, Abhandl. II. S. 1 flg. Meine Bemerk. zu den Wechselgesetzen der freien Stadt Frankfurt S. 64 flg.

III. Indossament.

Art. 9. Der Remittent kann den Wechsel an einen Andern durch Indossament (Giro) übertragen.

Hat jedoch der Aussteller die Uebertragung im Wechsel durch die Worte „nicht an Ordre" oder durch einen gleichbedeutenden Ausdruck untersagt, so hat das Indossament keine wechselrechtliche Wirkung.

In dem Protokoll der Leipziger Conferenz vom 27. Oktbr. 1847 findet sich die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Zulassung von Blanko-Indossamenten mit manchen wichtigen Gründen bestritten, jedoch schließlich wird dieselbe einstimmig anerkannt. Diese Ansicht ist in dem Art. 9 der Wechselordnung dadurch ausgedrückt, daß die Uebertragung von Wechseln durch Indossamente ganz allgemein gestattet, und nicht zwischen den verschiedenen Arten der Indossamente unterschieden, auch im Art. 12 der Blanko-Indossamente ausdrücklich erwähnt wird.

Durch den zweiten Satz dieses Art. 9 wird eine Abänderung der Frankfurter W.O. von 1739 bewirkt, indem nach dieser nur die an Ordre gestellten Wechsel mit Wechselkraft indossirt werden konnten (s. meine Bemerkungen zu den Frankf. Wechselgesetzen S. 91 fg.), während diese Beschränkung nunmehr wegfällt und nur dann noch besteht, wenn der Wechsel ausdrücklich „nicht an Ordre" ausgestellt, die Uebertragung also verboten ist.

Welche anderweite, als wechselrechtliche Folge die Indossirung eines ausdrücklich nicht an Ordre gestellten Wechsels haben wird? das kommt auf den Inhalt desselben an. Gemeinrechtlich bedarf zu einer Cession der Gläubiger nicht der Einwilligung des Schuldners (Span Wechselrecht §. 36). Allein ob eine acceptirte Tratte als eine Forderung, ob das Indossament eine Cession, Bürgschaft, oder was sonst enthalte (vgl. die Motive zu dem ersten Entwurf der allgem. W.O.), das kommt auf die Umstände des Falls an und unterliegt bei den Wechseln, welche aus-

drücklich nicht an Ordre ausgestellt werden, civilrechtlicher Beurtheilung. (Vergl. meine Anmerkungen zu den Wechselgesetzen der fr. Stadt Frankfurt S. 92—94. Thöl, Handelsrecht §. 239 flg.)

Mit Mittermaier im civil. Archiv XXVII. S. 137 habe ich mich in meinen angeführten Bemerkungen S. 92 dafür ausgesprochen, daß derjenige, welcher einen nicht an Ordre ausgestellten Wechsel an die Ordre eines Dritten indossirt, seinerseits den Nachmännern wie jeder andere Indossant haftet (vgl. Thöl §. 232). Die gleiche Behauptung würde bei den ausdrücklich nicht an Ordre ausgestellten Wechseln zu machen sein, wenn nicht in dem Conferenz-Protokoll vom 27. Oktbr. 1847 die entgegengesetzte Meinung als Sinn der neuen Vorschrift ausgesprochen wäre (S. 23 des Protok.): „Von mehreren Seiten ward dagegen behauptet, daß eine gegen ein ausdrückliches Verbot unternommene Begebung unwirksam, namentlich nicht geeignet sei, wechselmäßige Wirkungen hervorzubringen, daß hierbei das Interesse des Ausgebers beachtet werden müsse, dem oft viel daran liegen könne, daß das von ihm gemachte Geldgeschäft ein Geheimniß bleibe, und daß dieß Interesse nicht besser gewahrt werde, als dadurch, daß jede dem Verbote zuwider laufende Handlung erfolglos sei. Eine Vereinigung der verschiedenen Meinungen war nicht zu ermitteln, ungeachtet gegen die letzte Ansicht geltend gemacht ward, daß der, von welchem ein Verbot ausgegangen sei, wenigstens eine Uebertragung durch Cession nicht hindern könne, und sein Interesse vollkommen gewahrt sei, wenn er von den Regreßansprüchen eines Dritten befreit bleibe. Es ward daher zur Abstimmung geschritten, und mit 16 gegen 2 Stimmen entschieden, daß die einem Verbote zuwider vorgenommene Indossirung ungültig sei. Demgemäß kann ein Wechsel, in welchem der Aussteller die Begebung ausdrücklich untersagt hat, durch Indossament, also mit wechselrechtlicher Wirkung, überhaupt nicht übertragen werden."

Art. 10. Durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar über, insbesondere auch die Befugniß, den Wechsel weiter zu indossiren. Auch an den Aussteller, Bezogenen, Acceptanten oder einen früheren Indossanten kann der Wechsel gültig indossirt und von denselben weiter indossirt werden.

Nach diesem Artikel soll jedes Indossament als ein eigentliches gelten, welches nicht ausdrücklich als ein Indossament in Procura bezeichnet, oder sonst mit Beschränkungen versehen ist. Der Grund liegt darin, daß der Art. 12 dem Giro in blanco die Wirkung eines eigentlichen Indossaments beilegt. In den Motiven zum ersten Entwurf der W.O. ist über diese Giro's in blanco Folgendes bemerkt: „Man kann freilich nicht eigentlich sagen, daß schon durch das Blanco-

Indossament, welches keinen Indossatar nennt, der Wechsel übertragen werde, und ebensowenig, daß jeder Inhaber eines solchen Wechsels, der Depositar, der Finder, der Dieb, wirklicher Eigenthümer eines solchen Wechsels sei. Auch dieß hat aber in gewisser Beziehung das Blanco-Indossament mit dem ausgefüllten gemein, denn auch letzteres kann in der Wirklichkeit nur zum Zwecke eines Auftrages ausgestellt, und auf unrechtmäßige Weise an den Indossatar gebracht sein. Beide Indossamente sind nur das Zeichen des übertragenen Werthes; sie legitimiren als Eigenthümer, das eine den benannten Indossatar, das andere den Inhaber. Der Inhaber des in blanco girirten Wechsels gilt als Eigenthümer, wie der Inhaber eines jeden Papiers au porteur. Seine Dispositionen über den Wechsel sind gültig, wenn er auch wirklich kein Recht daran hätte, und er ist nicht nur gegen Aussteller, Indossanten und Acceptanten, sondern selbst gegen den letzten Indossanten, welcher in blanco girirt hat, zur Klage legitimirt. Darauf allein kommt es im Wechselrechte an. Nähere Bestimmungen darüber, was außer dem Giro zur rechtsgültigen Uebertragung des Wechsels von Seiten des Indossanten oder eines späteren Inhabers erforderlich sei, bedarf es nicht. Da der Besitz des Wechsels den Inhaber zur beliebigen Disposition über denselben in den Stand setzt, so versteht es sich schon von selbst, daß hier wie bei jedem Papier au porteur nur die Uebergabe nöthig ist. Die Fragen über die Rechtsverhältnisse, welche sich bilden, wenn der Wechsel dem Inhaber in anderer Absicht als zur eigenthümlichen Uebertragung vertraut, oder auf unrechtmäßige Weise in die Hände des Inhabers gekommen ist, fallen in das Civilrecht." Wir werden später hierauf zurückkommen.

Nach dem Art. 10 der W.O. kann der Fall eintreten, daß der Geber des Wechsels an den Nehmer Regreß nimmt, z. B. wenn der Inhaber einen in blanco girirten Wechsel ohne eigenes Giro überträgt, der Nehmer denselben aber mit seinem Giro weiter begibt, und auf diesem Wege der Wechsel wieder an jenen früheren Inhaber zurückkommt, so steht diesem gegen jeden Indossanten, also auch gegen den, welchem er selbst den Wechsel übertragen hatte, der Regreß zu.

Alle Giros haben nach dem Art. 10 ihre volle Wirkung, gleichgültig von welchem Wechsel-Inhaber sie ausgehen. Die Einlösung eines Wechsels vor Verfall durch den Acceptanten gilt also nicht als Confusion seines Rechts und seiner Verbindlichkeit, sondern er kann den Wechsel dessenungeachtet weiter giriren, und ebenso kann dieses der Aussteller und jeder der früheren Indossanten.

Art. 11. Das Indossament muß auf den Wechsel, eine Copie desselben oder ein mit dem Wechsel oder der Copie verbundenes Blatt (Allonge) geschrieben werden.

Art. 12. Ein Indossament ist gültig, wenn der Indossant auch nur seinen Namen oder seine Firma auf die Rückseite des Wechsels oder der Copie, oder auf die Alonge schreibt (Blanco-Indossament).

Art. 13. Jeder Inhaber eines Wechsels ist befugt, die auf demselben befindlichen Blanco-Indossamente auszufüllen; er kann den Wechsel aber auch ohne diese Ausfüllung weiter indossiren.

Art. 14. Der Indossant haftet jedem späteren Inhaber des Wechsels für dessen Annahme und Zahlung wechselmäßig. Hat er aber dem Indossamente die Bemerkung „ohne Gewährleistung," „ohne Obligo" oder einen gleichbedeutenden Vorbehalt hinzugefügt, so ist er von der Verbindlichkeit aus seinem Indossamente befreit.

Art. 15. Ist in dem Indossamente die Weiterbegebung durch die Worte „nicht an Ordre" oder durch einen gleichbedeutenden Ausdruck verboten, so haben diejenigen, an welche der Wechsel aus der Hand des Indossatars gelangt, gegen den Indossanten keinen Regreß.

Wenn ein Wechsel ausdrücklich „nicht an Ordre" ausgestellt wird, so soll ein Indossament überhaupt keine wechselrechtliche Wirkung haben (Art. 9). Wenn dagegen ausdrücklich „nicht an Ordre" indossirt wird, so findet nur gegen denjenigen kein Wechselrecht Statt, der so indossirt hat (Art. 15). Die Unterscheidung dieser beiden Fälle ist in der Leipziger Conferenz nicht ohne Grund bestritten, schließlich aber doch festgehalten worden, worüber sich das Protokoll vom 29. Oktobr. 1847 folgendermaßen ausspricht (S. 31): „Bei der Discussion wurde dieser Ansicht entgegengesetzt, das Verhältniß sei ein ganz anderes, wenn der Aussteller des Wechsels das Indossament untersage; denn alsdann habe der Wechsel schon bei seiner Entstehung diese Beschränkung an sich, und das Interesse des Ausstellers, daß der Wechsel in den Händen des Remittenten verbleibe, sei ein ganz klares. — Der Indossant aber, der ein solches Verbot erlasse, werde die Natur des Wechsels, als eines zum Umlauf bestimmten Papiers, alteriren, wenn man ihm verstatte, mehr dadurch auszudrücken, als, daß er blos seinem Indossatare haften wolle. Auch würde der Indossant selten oder nie einen genügenden Grund haben, etwas Mehreres zu wünschen. Wechsel gekauft und weiter begeben zu haben, könne dem Kredit nie schaden."

Art. 16. Wenn ein Wechsel indossirt wird, nachdem die für die Protest-Erhebung Mangels Zahlung bestimmte Frist abgelaufen ist, so erlangt der Indossatar die Rechte aus dem etwa vorhandenen Accepte gegen den Bezogenen und Regreßrechte gegen Diejenigen, welche den Wechsel nach Ablauf dieser Frist indossirt haben.

Ist aber der Wechsel vor dem Indossamente bereits Mangels Zahlung protestirt worden, so hat der Indossatar nur die Rechte seines Indossanten gegen den Acceptanten, den Aussteller und Diejenigen, welche den Wechsel bis zur Protest-Erhebung indossirt haben. Auch ist in einem solchen Falle der Indossant nicht wechselmäßig verpflichtet.

Dieser Artikel enthält nur positive Bestimmungen, die sich jedoch in sich rechtfertigen. Der Acceptant ist verhaftet und bleibt es bis zur Verjährung des Wechsels. Es geschieht ihm sonach kein Unrecht, wenn er auch demjenigen Indossaten während dieser Zeit vollständig verhaftet wird, welcher den Wechsel erst nach Verfall erworben hat. Der Aussteller des Wechsels dagegen und alle, die ihn vor Verfall indossirt haben, sind außer Verbindlichkeit, wenn der Wechsel nicht zu gehöriger Zeit M. Z. protestirt worden ist; gegen sie können also nachher keine Regreßrechte mehr erworben werden, sondern nur gegen jene etwa, welche den Wechsel später indossirt haben. Daß er überhaupt noch später soll indossirt werden können, und nicht als Wechsel seinen Kreislauf mit der Zeit vollendet hat, auf welche er von Anfang an ausgestellt wurde, das ist eine weniger in der Natur der Sache begründete, als auf Convenienz beruhende Bestimmung.

Ein bereits M. Z. protestirter Wechsel wird dagegen in obigem Artikel nicht mehr als ein zum Umlauf geeignetes Papier betrachtet. Ein später auf denselben gesetztes Indossament soll also nur die Rechte des Indossanten gegen die vor der Protesterhebung bereits wechselmäßig Verhafteten übertragen, und zwar ohne wechselmäßige Verpflichtung von Seiten des Indossanten. Gegen die Aussteller und die Indossanten können in einem solchen Falle begreiflich nur dann Rechte übertragen werden, wenn gehörig, rechtzeitig protestirt worden ist.

Die Bestimmung des Art. 16 verdankt wohl hauptsächlich ihre Entstehung der in dem Protokoll der Leipziger Conferenz vom 28. Okt. enthaltenen Bemerkung sämmtlicher Abgeordneten des Kaufmannstandes, daß es im kaufmännischen Verkehre selten vorkomme, daß ein Wechsel nach einem M. Z. aufgenommenen Protest noch indossirt werde, dagegen aber verfallene, noch nicht protestirte Wechsel sehr häufig durch Indossamente weiter begeben würden.

Art. 17. Ist dem Indossamente die Bemerkung „zur Einkassirung," „in Procura" oder eine andere, die Bevollmächtigung ausdrückende Formel beigefügt worden, so überträgt das Indossament das Eigenthum an dem Wechsel nicht, ermächtigt aber den Indos-

satar zur Einziehung der Wechselforderung, Protest-Erhebung und Benachrichtigung des Vormannes seines Indossanten von der unterbliebenen Zahlung (Art. 45), so wie zur Einklagung der nicht bezahlten und zur Erhebung der deponirten Wechselschuld.

Ein solcher Indossatar ist auch berechtigt, diese Befugniß durch ein weiteres Procura-Indossament einem Anderen zu übertragen.

Dagegen ist derselbe zur weiteren Begebung durch eigentliches Indossament selbst dann nicht befugt, wenn dem Procura-Indossamente der Zusatz „oder Ordre" hinzugefügt ist.

Ein zur Einkassirung, in Procura, oder durch eine andere, die Bevollmächtigung ausdrückende Formel, indossirter Wechsel, kann mit voller Wirkung erst dann wieder indossirt werden, wenn er in die Hand dessen zurückgekommen ist, der ihn in ersterer Weise indossirt hat. Denn kein Nachmann des bevollmächtigten Indossaten kann, nach dem Schlußsatz des Art. 17, ein eigentliches Indossament erworben, keiner dasselbe also übertragen haben.

IV. Präsentation zur Annahme.

Art. 18. Der Inhaber eines Wechsels ist berechtigt, den Wechsel dem Bezogenen sofort zur Annahme zu präsentiren und in Ermangelung der Annahme Protest erheben zu lassen.

Nur bei Meß- oder Markt-Wechseln findet eine Ausnahme dahin statt, daß solche Wechsel erst in der an dem Meß- oder Marktorte gesetzlich bestimmten Präsentationszeit zur Annahme präsentirt und in Ermangelung derselben protestirt werden können.

Der bloße Besitz des Wechsels ermächtigt zur Präsentation des Wechsels und zur Erhebung des Protestes Mangels Annahme.

Die Bestimmung des Art. 18, welche von mancher Seite Widerstand gefunden hat, beseitigt nunmehr den Gebrauch, wonach an manchen Plätzen nur eine gewiße Zeit vor Verfall zu acceptiren war (Augsburg). Die Zeit der Vorzeigung von Meßwechseln zur Annahme ist in Frankfurt durch Gesetz vom 13. Novbr. 1844, Art. 4, auf den Montag der zweiten Woche gesetzt, wenn sie nicht auf die erste Woche zahlbar lauten; in letzterem Fall sind sie am ersten Werktage der ersten Woche zu acceptiren.

Art. 19. Eine Verpflichtung des Inhabers, den Wechsel zur Annahme zu präsentiren, findet nur bei Wechseln statt, welche auf eine bestimmte Zeit nach Sicht lauten. Solche Wechsel müssen bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs gegen die Indossanten und den Aussteller, nach Maßgabe der besonderen im Wechsel enthalte-

nen Bestimmung und in Ermangelung derselben binnen zwei Jahren nach der Ausstellung zur Annahme präsentirt werden.

Hat ein Indossant auf einen Wechsel dieser Art seinem Indossamente eine besondere Präsentationsfrist hinzugefügt, so erlischt seine wechselmäßige Verpflichtung, wenn der Wechsel nicht innerhalb dieser Frist zur Annahme präsentirt worden ist.

In dem Protokoll der Leipziger Conferenz vom 30. Oktbr. ist eine ausführliche Erörterung darüber enthalten: ob die Fristbestimmung von zwei Jahren für die Vorzeigung vom Sichtwechsel zur Annahme sich auch auf die im Ausland gezogenen Wechsel erstrecken könne, und es heißt daselbst: „Ebenso wird die anderweite Frage: Soll die Bestimmung des Art. 19 unter Nr. 1, abgesehen von der darinnen angegebenen Zeitfrist, nur für die von dem Inlande gezogenen Sichtwechsel gelten? — mit 15 gegen 4 Stimmen bejahend beantwortet." — Demungeachtet ist die Fassung des Art. in diesem Betreff eine ganz allgemeine. Eine Hamburger Zusatz-Verordnung hat deßhalb Art. 4 eine besondere Bestimmung des Inhalts aufgenommen: „Die Frist innerhalb deren ein auf Sicht oder nach Sicht lautender Wechsel zur Annahme oder Zahlung präsentirt werden muß, richtet sich nach den dafür geltenden Gesetzen des Ausstellungs-Ortes des Wechsels. Die in Art. 19. 20. 31. der W.O. erwähnte zweijährige Frist bezieht sich daher nur auf im Bereiche dieser W.O. ausgestellte Wechsel."

Art. 20. Wenn die Annahme eines auf bestimmte Zeit nach Sicht gestellten Wechsels nicht zu erhalten ist, oder der Bezogene die Datirung seines Acceptes verweigert, so muß der Inhaber, bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs gegen die Indossanten und den Aussteller die rechtzeitige Präsentation des Wechsels durch einen innerhalb der Präsentationsfrist (Art. 19) erhobenen Protest feststellen lassen.

Der Protesttag gilt in diesem Falle für den Tag der Präsentation.

Ist die Protesterhebung unterblieben, so wird gegen den Acceptanten, welcher die Datirung seines Acceptes unterlassen hat, die Verfallzeit des Wechsels vom letzten Tage der Präsentationsfrist an gerechnet.

Den ersten Satz dieses Art. kann man in der umgekehrten Fassung so lesen: der Inhaber eines auf bestimmte Zeit nach Sicht gestellten Wechsels, der von dem Bezogenen nicht, oder nicht mit Datirung des Acceptes angenommen werden will, kann den Protest M. A. bis zum Ablauf

der in dem Art. 19 festgestellten Präsentationsfrist unterlassen (also während zwei Jahren nach der Ausstellung des Wechsels, wenn in diesem selbst keine besondere Präsentationsfrist vorgeschrieben worden ist, Art. 19).

Sodann schließt sich der zweite Satz des Art. 20 so an: Hat a) der Inhaber vor dieser Zeit präsentirt, aber später (jedoch innerhalb der gesetzlichen Zeit, nämlich binnen zwei Jahren nach der Ausstellung) protestirt; oder hat derselbe b) vor Ablauf jener Zeit M. A. protestirt — so gilt in diesen beiden Fällen der Protesttag für den Tag der Präsentation; es wird sonach der Regreß-Anspruch gegen den Aussteller und die Indossanten nicht dadurch gefährdet, wenn längere oder kürzere Zeit vor dem Protest die Präsentation zur Annahme erfolglos stattgefunden hatte, und dann mit dem Proteste über die Frist hinaus, binnen welcher der Wechsel, seinem Inhalt zu Folge, nach Sicht zahlbar war, gewartet worden ist. Vielmehr wird die Sicht oder Zahlungsfrist von dem Protesttage an gerechnet. Von diesem Tag an wird sie jedoch in allen Fällen berechnet, und zwar selbst dann berechnet, wenn es dem Inhaber freigestanden hätte, später zu protestiren.

Der dritte Satz besagt soviel, daß, wenn der Acceptant eines auf bestimmte Zeit nach Sicht zahlbaren Wechsels seinem Accept keinen Tag beigefügt hat, derselbe um so viel länger in der Verbindlichkeit bleibt, d. h. bis zur Verjährung, von dem letzten Tage der Präsentationsfrist (zwei Jahre nach der Ausstellung) an gerechnet. (Vgl. die Motive des ersten Entwurfs.)

V. Annahme (Acceptation).

Art. 21. Die Annahme des Wechsels muß auf dem Wechsel schriftlich geschehen.

Jede auf den Wechsel geschriebene und von dem Bezogenen unterschriebene Erklärung gilt für eine unbeschränkte Annahme, sofern nicht in derselben ausdrücklich ausgesprochen ist, daß der Bezogene entweder überhaupt nicht oder nur unter gewissen Einschränkungen annehmen wolle.

Gleichergestalt gilt es für eine unbeschränkte Annahme, wenn der Bezogene ohne weiteren Beisatz seinen Namen oder seine Firma auf die Vorderseite des Wechsels schreibt.

Die einmal erfolgte Annahme kann nicht wieder zurückgenommen werden.

Da es für eine Annahme des Wechsels gelten soll, wenn der Bezogene auf die Vorderseite desselben auch nur seinen Namen schreibt, so kommt es lediglich darauf an, daß seine Unterschrift seinen Namen ent-

halte; in welcher Vollständigkeit, ob mit den Zunamen, ob diese Zunamen ausgeschrieben, oder nicht, darauf kommt es nicht an.

Kommt der Name des Bezogenen auf der Rückseite des Wechsels unter den Indossanten, z. B. unter den Blanko-Indossamenten vor, so hat man dieses nur als Giro zu betrachten (Motive des ersten Entwurfs). Eine ausdrückliche Erklärung über die Annahme kann dagegen auch auf die Rückseite des Wechsels geschrieben werden. (Vgl. Thöl §. 201.)

Art. 22. Der Bezogene kann die Annahme auf einen Theil der im Wechsel verschriebenen Summe beschränken.

Werden dem Accepte andere Einschränkungen beigefügt, so wird der Wechsel einem solchen gleichgeachtet, dessen Annahme gänzlich verweigert worden ist, der Acceptant haftet aber nach dem Inhalte seines Acceptes wechselmäßig.

Der Sinn des Art. 22 wird klar durch die Vergleichung mit dem Art. 25. Da der Bezogene die Annahme auf einen Theil der Wechselsumme beschränken kann (darf), so darf auch nur Protest und Sicherheits-Regreß wegen dem nicht angenommenen Theil der Wechselsumme genommen werden. Andere Einschränkungen des Accepts berechtigen (denn eine Verpflichtung hierzu findet nur in den Fällen des Art. 19 und 20 Statt) zu einem Protest und zum Sicherheits-Regreß über die ganze Wechselsumme, weil die Annahme in diesem Falle als gänzlich verweigert betrachtet wird. Der Acceptant haftet dagegen in allen Fällen nach dem Inhalt seines Acceptes.

Art. 23. Der Bezogene wird durch die Annahme wechselmäßig verpflichtet, die von ihm acceptirte Summe zur Verfallzeit zu zahlen.

Auch dem Aussteller haftet der Bezogene aus dem Accepte wechselmäßig.

Dagegen steht dem Bezogenen kein Wechselrecht gegen den Aussteller zu.

Zu diesem Art. s. von Heise in Heise und Cropp Abh. Thl. II. S. 1 flg. Meine Bemerk. zu den Frankf. Wechselgesetzen S. 61 flg. Die Motive zu dem ersten Entwurf und beachte folgende Stelle desselben (S. LII.): „Gegen den Ehrenacceptanten kann der Aussteller kein Wechselrecht geltend machen, weil der Ehrenacceptant überhaupt nur den Hintermännern des Honoraten verpflichtet wird. Hier treten auch die Gründe nicht ein, aus welchen dem Trassanten Wechselrecht einzuräumen ist. Vielleicht könnte gegen die Nothadresse, welche acceptirt und nicht gezahlt hat, die Gestattung eines schleunigen Rückgriffes wünschenswerth sein. Das führt indeß in weitere Verwicklungen und würde es nothwendig machen, neben

dem Unterschiede zwischen der Nothadresse und einer anderen Ehrenannahme auch wiederum bei der ersteren eine Unterscheidung zwischen der reinen Annahme und der Ehren-Annahme einzuführen. Denn es müßte dann der Noth-Adresse ebenso gut, wie dem Bezogenen, gestattet sein, sich durch Annahme unter Protest gegen die Wechselklage des Trassanten zu decken.

Art. 24. Ist in dem Wechsel ein vom Wohnorte des Bezogenen verschiedener Zahlungsort (Art. 4. Nr. 8) angegeben (Domicilwechsel), so ist, in so fern der Wechsel nicht schon ergibt, durch wen die Zahlung am Zahlungsorte erfolgen soll, dieß vom Bezogenen bei der Annahme auf dem Wechsel zu bemerken. Ist dieß nicht geschehen, so wird angenommen, daß der Bezogene selbst die Zahlung am Zahlungsorte leisten wolle.

Der Aussteller eines Domicilwechsels kann in demselben die Präsentation zur Annahme vorschreiben. Die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift hat den Verlust des Regresses gegen den Aussteller und die Indossanten zur Folge.

Eine ähnliche Vorschrift, wie die in diesem Art. enthaltene, hat die Frankf. Handelskammer schon im Jahre 1827 vorgeschlagen. (Vgl. meine Bemerk. zu den Frankf. Wechselgesetzen S. 25 flg. und Art. 6 des Ges. vom 12. Novbr. 1844). In den Motiven zu dem ersten Entwurf ist hierüber gesagt (S. LIV): „Für den Inhaber ist von der Regel, daß er den Wechsel dem Bezogenen vor der Verfallzeit zu präsentiren, nur befugt, aber nicht verpflichtet sei, auch bei Domizilwechseln keine Ausnahme gemacht. Lautet der Wechsel auf bestimmte Zeit nach Sicht, so muß er, wie jeder andere Sicht-Wechsel dieser Art, zur Annahme vorgelegt werden. Sollte einmal, was freilich nicht leicht vorkommen wird, ein Domizilwechsel auf Sicht gestellt werden, so kann die Meinung der Indossanten keine andere sein, als daß der Bezogene am Zahlungsorte aufgesucht werden soll. Bei einem Dato-Wechsel aber kann die Nöthigung, den Wechsel vor dem Verfalltage dem Bezogenen in seinem Wohnorte zu präsentiren, für den Inhaber unter Umständen höchst gefährlich sein. Es liegt kein genügender Grund vor, ihn dieser Gefahr und Belästigung zu unterwerfen. Ist nicht schon im Wechsel etwas über das Domizil bestimmt, so muß der Inhaber annehmen dürfen, daß er den Bezogenen zur Verfallzeit am Zahlungsorte antreffen werde. Der Aussteller, welcher sicher sein will, daß der Inhaber den Bezogenen am Zahlungsorte nicht vergeblich suchen werde, mag nach Correspondenz mit dem Trassanten im Wechsel das Domizil bestimmen, oder seinerseits die Präsentation zur Acceptation und Benennung des Domizils mittelst Duplikats besorgen.

Wird der Wechsel dem Bezogenen präsentirt und von ihm acceptirt, so gehört zwar zum vollständigen Accept auch die Angabe, durch wen am Zahlungsorte die Zahlung erfolgen soll. Es hat aber nicht zuläßig geschienen, den Bezogenen zur Benennung eines Domiziliaten oder Domizils zu verpflichten. Bei Unterlassung der Angabe soll nur angenommen werden, daß der Bezogene selbst am Zahlungsorte die Zahlung leisten werde; er ist also dort zur Verfallzeit zu erfragen. Die hieraus für den Inhaber entspringende Gefahr oder Belästigung ist nicht von der Bedeutung, daß es gerechtfertigt wäre, dem Präsentanten die Protest-Erhebung und den Regreß wegen verweigerter Annahme zu gestatten.

VI. Regreß auf Sicherstellung.

1. Wegen nicht erhaltener Annahme.

Art. 25. Wenn die Annahme eines Wechsels überhaupt nicht, oder unter Einschränkungen, oder nur auf eine geringere Summe erfolgt ist, so sind die Indossanten und der Aussteller wechselmäßig verpflichtet, gegen Aushändigung des, Mangels Annahme aufgenommenen Protestes genügende Sicherheit dahin zu leisten, daß die Bezahlung der im Wechsel verschriebenen Summe, oder des nicht angenommenen Betrages, so wie die Erstattung der durch die Nichtannahme veranlaßten Kosten am Verfalltage erfolgen werde.

Jedoch sind diese Personen auch befugt, auf ihre Kosten die schuldige Summe bei Gericht oder bei einer anderen, zur Annahme von Depositen ermächtigten Behörde oder Anstalt niederzulegen.

Hinsichtlich dieses Art. enthält das Protokoll der Leipziger Conferenz vom 4. Novbr. 1847 die nachstehenden Bemerkungen:

„Darüber, ob der Regreßpflichtige sich durch sofortige Zahlung von der Sicherheitsleistung befreien könne, eine Bestimmung in den Entwurf aufzunehmen, wurde nicht für erforderlich erachtet. (Es versteht sich dieses in der That in dem Fall, wo der Inhaber des Wechsels gehörig legitimirt ist, von selbst.) Hiernächst — wurde beschlossen, die Modalität der Sicherheitsleistung dem richterlichen Urtheile zu überlassen.“

Art. 26. Der Remittent, sowie jeder Indossatar wird durch den Besitz des, Mangels Annahme aufgenommenen Protestes ermächtigt, von dem Aussteller und den übrigen Vormännern Sicherheit zu fordern und im Wege des Wechselprozesses darauf zu klagen.

Der Regreßnehmer ist hierbei an die Folgeordnung der Indossamente und die einmal getroffene Wahl nicht gebunden.

Der Beibringung des Wechsels und des Nachweises, daß der

Regreßnehmer seinen Nachmännern selbst Sicherheit bestellt habe, bedarf es nicht.

Zum dritten Satz des Art. 26 heißt es in dem Protokoll der Leipziger Conferenz vom 4. Novbr. 1847:

„die Mehrheit war der Ansicht, daß jeder Wechselverpflichtete ein gegründetes Interesse habe, die Zahlung des protestirten Wechsels sicher gestellt zu sehen, wenn auch ihm selbst, vielleicht wegen besonderen persönlichen Vertrauens, eine Sicherheitsbestellung nicht angesonnen seyn sollte."

Art. 27. Die bestellte Sicherheit haftet nicht blos dem Regreßnehmer, sondern auch allen übrigen Nachmännern des Bestellers, insofern sie gegen ihn den Regreß auf Sicherstellung nehmen. Dieselben sind weitere Sicherheit zu verlangen nur in dem Falle berechtigt, wenn sie gegen die Art oder Größe der bestellten Sicherheit Einwendungen zu begründen vermögen.

„Es ward anerkannt, daß die von einem Wechselverbundenen einmal bestellte hinreichende Sicherheit allen Nachmännern dessen, der sie geleistet, überwiesen werden könne und deren Regreß-Ansprüche erledige, und daß einem jeden der letzteren nur dann zustehen könne, andere oder weitere Sicherheit zu verlangen, wenn er gegen die Art oder gegen die Größe der bestellten Kaution Einwand zu begründen vermöge". (Leipziger Prot. vom 4. Novbr. 1847.)

Art. 28. Die bestellte Sicherheit muß zurückgegeben werden:

1) sobald die vollständige Annahme des Wechsels nachträglich erfolgt ist;
2) wenn gegen den Regreßpflichtigen, welcher sie bestellt hat, binnen Jahresfrist, vom Verfalltage des Wechsels an gerechnet, auf Zahlung aus dem Wechsel nicht geklagt worden ist;
3) wenn die Zahlung des Wechsels erfolgt oder die Wechselkraft desselben erloschen ist.

„Auf die von einer Seite aufgeworfene Frage, ob die vollständige Acceptation, deren der Art. gedenkt, auch die Kosten, welche durch den Protest M. A. und durch den Antrag auf Sicherstellung veranlaßt worden sind, in sich begreife, ward bemerkt, daß die vollständige Acceptation die Annahme des Wechsels auf die volle in demselben verschriebene Summe (also auf nichts mehr) bezeichne, und daß es der Beurtheilung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen überlassen werden müsse, inwiefern der Regreßpflichtige die Kosten des Regresses zu tragen habe." (Leipz. Prot. vom 4. Novbr. 1847.)

Die Wechselkraft ist mit der Verjährung erloschen (Art. 77 flg.).

2. Wegen Unsicherheit des Acceptanten.

Art. 29. Ist ein Wechsel ganz oder theilweise angenommen worden, so kann in Betreff der acceptirten Summe Sicherheit nur gefordert werden:

1) wenn über das Vermögen des Acceptanten der Concurs (Debitverfahren, Falliment) eröffnet worden ist, oder der Acceptant auch nur seine Zahlungen eingestellt hat;

2) wenn nach Ausstellung des Wechsels eine Execution in das Vermögen des Acceptanten fruchtlos ausgefallen, oder wider denselben wegen Erfüllung einer Zahlungsverbindlichkeit die Vollstreckung des Personalarrestes verfügt worden ist.

Wenn in diesen Fällen die Sicherheit von dem Acceptanten nicht geleistet und dieserhalb Protest gegen denselben erhoben wird, auch von den auf dem Wechsel etwa benannten Nothadressen die Annahme nach Ausweis des Protestes nicht zu erhalten ist, so kann der Inhaber des Wechsels und jeder Indossatar gegen Auslieferung des Protestes von seinen Vormännern Sicherstellung fordern. (Art. 25 — 28.)

Der bloße Besitz des Wechsels vertritt die Stelle einer Vollmacht, in den Nr. 1. und 2. genannten Fällen von dem Acceptanten Sicherheitsbestellung zu fordern, und wenn solche nicht zu erhalten ist, Protest erheben zu lassen.

Vergl. mit diesem Art. den §. 9 des Frankfurter Gesetzes vom 12. Novbr. 1844 und meine Bemerk. S. 40. 41 über die Frankf. Wechselgesetze, welche durch die Fassung des Art. 29 erledigt sind In dem Leipziger Prot. vom 5. Novbr. 1847 wird bemerkt:

„Das Recht der Sicherheitsforderung könne nicht davon abhängig gemacht werden, ob derjenige, der sie verlange, seinerseits Sicherheit geleistet habe, oder nicht. Wenn der letzte Indossatar von dem vorletzten keine Sicherstellung in Anspruch nehme, weil er in dessen anerkannter Solidität genügende Sicherheit finde, so könne dieser dagegen Vorgänger haben, bei denen dringende Veranlassung vorliege, Sicherstellung von ihnen zu fordern."

VII. Erfüllung der Wechselverbindlichkeit.

1. Zahlungstag.

Art. 30. Ist in dem Wechsel ein bestimmter Tag als Zahlungstag bezeichnet, so tritt die Verfallzeit an diesem Tage ein.

Ist die Zahlungszeit auf die Mitte eines Monats gesetzt worden, so ist der Wechsel am 15ten dieses Monats fällig.

Vergl. Art. 130 des Code de comm. Von dem Abgeordneten für Bremen war hierzu auf der Leipziger Conferenz der Vorschlag gemacht worden:

„Wenn aber am Zahlungsplatze bestimmte allgemeine Zahlungs- oder Cassirtage für Wechselzahlungen eingeführt sind, so ist, wenn Verfall und Cassir-Tag nicht auf einen Tag zusammenfallen, der nächste Zahl- oder Cassir-Tag nach Verfall des Wechsels als Zahltag anzusehen." —

Nach mancherlei Erörterungen hierüber ist endlich die Bestimmung des Art. 91 angenommen worden.

Art. 31. Ein auf Sicht gestellter Wechsel ist bei der Vorzeigung fällig.

Ein solcher Wechsel muß bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs gegen die Indossanten und den Aussteller nach Maßgabe der besonderen im Wechsel enthaltenen Bestimmung, und in Ermangelung derselben binnen zwei Jahren nach der Ausstellung zur Zahlung präsentirt werden.

Hat ein Indossant auf einem Wechsel dieser Art seinem Indossamente eine besondere Präsentationsfrist hinzugefügt, so erlischt seine wechselmäßige Verpflichtung, wenn der Wechsel nicht innerhalb dieser Frist präsentirt worden ist.

Art. 32. Bei Wechseln, welche mit dem Ablaufe einer bestimmten Frist nach Sicht oder nach Dato zahlbar sind, tritt die Verfallzeit ein:

1) wenn die Frist nach Tagen bestimmt ist, an dem letzten Tage der Frist; bei Berechnung der Frist wird der Tag, an welchem der nach Dato zahlbare Wechsel ausgestellt oder der nach Sicht zahlbare zur Annahme präsentirt ist, nicht mitgerechnet;
2) wenn die Frist nach Wochen, Monaten, oder einem, mehrere Monate umfassenden Zeitraume (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt ist, an demjenigen Tage der Zahlungswoche oder des Zahlungsmonats, der durch seine Benennung oder Zahl dem Tage der Ausstellung oder Präsentation entspricht; fehlt dieser Tag in dem Zahlungsmonate, so tritt die Verfallzeit am letzten Tage des Zahlungsmonats ein.

Der Ausdruck „halber Monat" wird einem Zeitraume von 15 Tagen gleichgeachtet. Ist der Wechsel auf einen oder mehrere ganze

Monate und einen halben Monat gestellt, so sind die 15 Tage zuletzt zu zählen.

Zu Art. 32 nr. 2 vgl. von Savigny, System IV. S. 342. Zu den Worten: „fehlt dieser Tag u. s. w." ist in meinen Anmerk. zu den Wechselgesetzen der fr. Stadt Frankfurt S. 31 das Beispiel angeführt:

„Es wird ein Wechsel am 30ten Dezember zwei Monate dato gezogen, so ist derselbe an dem letzten Tage des Zahlungs-Monates (Februar), also an dem 28ten Februar fällig, da dieser Monat nur so viel Tage hat."

Ferner zu den Worten: „der Ausdruck u. s. w" wird dort das Beispiel angeführt:

„Medio Januar ist der 15te Januar, ob wohl der Januar 31, also mehr als 30 Tage hat. Medio Februar ist der 15te Februar, obwohl dieser Monat weniger als 30 Tage hat. Medio April ist der 15te April."

Endlich zu den Worten: „Ist der Wechsel u. s. w." wird dort bemerkt:

„Ein Wechsel, gezogen am 2ten Januar 2½ Monate dato, verfällt am 17ten März. Denn vom 2ten Januar zwei Monate dato ergibt, nach der obigen Regel, den 2ten März. Nun kommt noch ½ Monat dazu, also 15 Tage. Diese 15 Tage werden zuletzt gezählt, also vom 2ten März ab, und so kommen wir auf den 15ten März."

Art. 33. Respecttage finden nicht statt.

Art. 34. Ist in einem Lande, in welchem nach altem Style gerechnet wird, ein im Inlande zahlbarer Wechsel nach Dato ausgestellt, und dabei nicht bemerkt, daß der Wechsel nach neuem Style datirt sei, oder ist derselbe nach beiden Stylen datirt, so wird der Verfalltag nach demjenigen Kalendertage des neuen Styles berechnet, welcher dem nach altem Style sich ergebenden Tage der Ausstellung entspricht.

Art. 35. Meß- oder Marktwechsel werden zu der durch die Gesetze des Meß- oder Marktortes bestimmten Zahlungszeit, und in Ermangelung einer solchen Festsetzung an dem Tage vor dem gesetzlichen Schlusse der Messe oder des Marktes fällig.

Dauert die Messe oder der Markt nur einen Tag, so tritt die Verfallzeit des Wechsels an diesem Tage ein.

Hinsichtlich des Art. 35 ist in dem Frankfurter Gesetz vom 12. Nov. 1844 bestimmt, daß die Zahlwoche die zweite Meßwoche (wenn in dem Wechsel nichts anderes bestimmt ist) und der Zahltag der Sonnabend der betreffenden Woche sei.

2. Zahlung.

Art. 36. Der Inhaber eines indossirten Wechsels wird durch eine zusammenhängende, bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten als Eigenthümer des Wechsels legitimirt. Das erste Indossament muß demnach mit dem Namen des Remittenten, jedes folgende Indossament mit dem Namen Desjenigen unterzeichnet sein, welchen das unmittelbar vorhergehende Indossament als Indossatar benennt. Wenn auf ein Blanco-Indossament ein weiteres Indossament folgt, so wird angenommen, daß der Aussteller des letzteren den Wechsel durch das Blanco-Indossament erworben hat.

Ausgestrichene Indossamente werden bei Prüfung der Legitimation als nicht geschrieben angesehen.

Die Aechtheit der Indossamente zu prüfen, ist der Zahlende nicht verpflichtet.

Diesem Art. ist, als damit in enger Verbindung stehend, der Art. 74 beizufügen:

„Der nach den Bestimmungen des Art. 36 legitimirte Besitzer eines Wechsels kann nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat, oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Nachläßigkeit zur Last fällt."

Am Schluß der Motive zu dem Art. 36 des ersten Entwurfs der vorliegenden Wechselordnung wird bemerkt:

„Es muß dem Inhaber, welchem der Wechsel aus den Händen gekommen ist, überlassen werden, frühzeitig vor Verfall die geeigneten Vorkehrungen zu treffen."

In dem Protokoll der Leipz. Conferenz vom 6. Novbr. 1847 wird darüber das Nachstehende bemerkt:

„Gegen den ersten Absatz dieses Art. wurde zwar insofern, als darin von der Legitimation des Wechselinhabers durch die bis auf ihn herabgehende Reihe von Indossamenten die Rede ist, nichts erinnert; von einigen Abgeordneten aber bemerkt, daß diese Vorschrift nicht ausreichend sei, indem besondere Umstände eintreten könnten, unter welchen der Bezogene Bedenken tragen müsse, selbst dem durch die Reihefolge der Indossamente legitimirten Präsentanten des Wechsels das Geld verabfolgen zu lassen. Dieses sei namentlich der Fall, wenn der Wechsel Rasuren, Ueberschreibungen oder andere dergleichen sichtbare Mängel an sich trage, welche den Verdacht einer Fälschung begründeten. Nach allgemeinen Rechtsbegriffen könne dem Wechselschuldner nicht zugemuthet werden, auf einen solchen Wechsel Zahlung zu leisten; dieses müsse jedoch im Gesetz ausdrücklich ge-

sagt werden, weil sonst aus dem Inhalt des Art. 36 auf eine unbedingte Verpflichtung desselben zur Zahlung an den Inhaber geschlossen werden könne. Aus diesem Grunde wurde ein Zusatz beantragt, durch welchen der Wechselschuldner ermächtigt werde, bei dem Vorhandensein von Rasuren, Ueberschreibungen oder anderen sichtlichen Spuren der Fälschung die Wechselsumme bei Gericht zu hinterlegen.

„Gegen diesen Antrag wurde eingewendet: Eine solche Bestimmung könnte leicht zur Chikane gemißbraucht werden, auch sei der Bezogene zu keiner Diligenz gegen die Indossanten verpflichtet, und habe daher auf eine denselben drohende Gefahr keine Rücksicht zu nehmen, sondern die Verfolgung des etwa gespielten Betrugs demjenigen, welcher dadurch in Schaden versetzt werde, zu überlassen. Ueberdieß könne man, wenn der Bezogene die Zahlung ad depositum leiste, die Protesterhebung und Regreßnahme doch nicht verbieten. Handele es sich um die von dem Bezogenen nach geleistetem Accepte geforderte Zahlung, so komme es auf die exceptio falsi an; vermöge dieser Einrede könne der Acceptant (vorausgesetzt, daß dieselbe nach den Artt. 36 und 71 überhaupt relevant sei) die Abweisung des Klägers verlangen. Nach erfolgter Abweisung sei es denkbar, daß der Acceptant, um sich zu liberiren, die Wechselsumme bei Gericht hinterlege; vor dem Unterliegen des Wechselinhabers im Civilprocesse könne man aber nicht wohl zulassen, daß der Acceptant sich durch das Erbieten zur Deposition von dem Anspruche des Wechselinhabers freimache. Der Wechselinhaber würde durch eine solche Befugniß des Wechselschuldners benachtheiligt; denn um die Sache nun zu erledigen, werde ihm kaum ein anderes Mittel bleiben, als Erwirkung eines kostspieligen und langwierigen Ediktalverfahrens. Dabei bleibe zwar der Fall nicht ausgeschlossen, daß die im Wechsel vorhandenen Spuren der Fälschung eine Criminalprocedur veranlassen, und das Criminalgericht bestimmen könnten, die einstweilige Deponirung der Wechselsumme anzuordnen; auch Arrestanträge der durch Fälschung benachtheiligten Personen blieben denkbar; aber eine Befugniß des Wechselschuldners, die Summe zu deponiren, könne nicht als Regel aufgestellt werden.

„Zur Widerlegung dieser Einwendungen wurde entgegnet: Es handle sich bei dem in Antrag gebrachten Zusatze nicht um eine Verpflichtung des Bezogenen gegen seine Vormänner, sondern um eine ihm selbst einzuräumende Befugniß, welche keineswegs als Regel aufgestellt, sondern nur ausnahmsweise zugestanden werden sollte, und von ihm sowohl in seinem eigenen, als in seiner Vormänner Interesse benutzt werden könne. Werde die Bestimmung so gefaßt, daß der Schuldner auf die an ihn gestellte Anforderung unter allen Umständen sogleich zahlen oder deponiren müsse, und die quaestio falsi erst nach geschehener Deposition Gegenstand

einer gerichtlichen Verhandlung werden könne, so sei die Gefahr einer Chikane beseitigt.

„Im Laufe der Discussion kam noch weiter in Anregung, daß sich, ohne in eine Casuistik einzugehen, über die Berechtigung zur gerichtlichen Deposition keine ausreichende Bestimmung treffen lasse, unter diesen Umständen aber die Frage, ob in den einzelnen Fällen der Bezogene von der durch die Fassung des Art. nicht ausgeschlossenen Befugniß zur Deposition Gebrauch machen könne, dem richterlichen Ermessen zu überlassen sei."

In dem Protokoll der Leipziger Conferenz vom 17. Nov. 1847 wird gelegentlich des Art. 74 bemerkt:

„Endlich kam bei diesen Artt. noch in Anregung, ob der bonae fidei possessor eines gestohlenen oder verlornen Wechsels dem wahren Eigenthümer vorgehen oder nachstehen solle? Die Hamburgischen Hrn. Deputirten, von denen diese Frage aufgeworfen ward, glaubten, daß dieselbe in Beziehung auf Wechsel, unabhängig von den allgemeinen Bestimmungen des Civilrechts, eine Entscheidung verdiene, und zwar dahin, daß die Vindikation gegen den Besitzer, welcher den Wechsel mit richtigem Titel und in gutem Glauben erworben habe, unstatthaft sei. Dieß fordere die Sicherheit des Wechselverkehrs; aber die Gerichte seien nicht durchgängig dieser Meinung; wenigstens habe vor Kurzem das Oberappellationsgericht zu Lübeck in entgegengesetzter Weise entschieden. — Auch Herr V. P. Dr. Einert war der Meinung, daß dieser Punkt in der Wechselordnung entschieden werden müsse, wiewohl er in der Sache selbst unterscheiden zu müssen glaubte, ob der Vindikant durch ein vollständiges Giro sich zu legitimiren vermöge, oder nicht, indem nur im ersten Falle eine Vindikations-Befugniß angenommen werden könne. In gleichem Sinn mit den Antragstellern sprachen sich mehrere Stimmen aus, welche den Vorschlag besonders auch als Consequenz des Grundsatzes unterstützten, daß der Forderungsberechtigte Eigenthümer des Papieres sei

„Andere hielten dafür, daß die Entscheidung der angeregten Frage aus dem Art. 36 entnommen werden könne, daß man indeß auch keinen Anstand zu nehmen brauche, eine ausdrückliche Bestimmung zu treffen, indem es dabei nicht auf die Regeln des Civilrechts, über welche hier nichts vorzuschreiben sei, sondern allerdings auf das Wechselrecht ankomme. Es handle sich nämlich bei der Vindikation eines Wechsels in der Hauptsache nicht um das Eigenthum an dem Papiere, sondern um die Befugniß zur Geltendmachung der mit dem Wechsel verbundenen Rechte, und eigentlich könne man in den hierher gehörigen Streitfällen keine reinen Eigenthumsstreitigkeiten, sondern nur Conflikte über persönliche Rechte und deren Zuständigkeit erblicken. Zum Besitze des Papierstücks sei nicht derjenige befugt, der nach den Regeln vom dominium und von der rei

vindicatio Eigenthümer sei, sondern nur der, welchem jene persönlichen Rechte wirklich zuständen. Hierüber entscheide aber nicht das Civil-, sondern das Wechselrecht.

„Gerade wegen der Bestimmung in Art. 36 sahen noch Andere eine Vorschrift über diesen Gegenstand als nothwendig an, und bezogen sich außerdem darauf, daß die Ansicht sich immer mehr Bahn breche, der Wechsel sei eine Art von Papiergeld und nicht blos Beweismittel.

„Mehrere der Hrn. Abgeordneten erklärten sich aber gegen den Vorschlag und führten an: die Bestimmung gehöre in das Civilrecht, und wenn sie hier in Beziehung auf Wechsel auch in einiger Rücksicht wünschenswerth sein möge, so erscheine ihre Aufnahme in die Wechselordnung doch bedenklich, weil in den einzelnen Ländern das System der Gesetzgebung in Betreff der Vindikation äußerst verschieden und schon deßhalb eine darin eingreifende einzelne Bestimmung in der Wechselordnung sehr mißlich sei; weil ferner ohne Bestimmung dessen, was bona fides sei, die Vorschrift nicht getroffen und ohne Aenderung des Art. 36 der Antrag consequenter Weise nicht angenommen werden könne. Nach geschlossener Berathung ward die Frage: Soll über die Vindikation gestohlener oder verlorener Wechsel etwas bestimmt werden? mit 10 Stimmen gegen 9 verneint."

Wenn man nun die Artt. 36 und 74 und die oben hervorgehobenen Erörterungen vergleicht, so muß man doch bedauern, daß sich die neue Wechselordnung nicht klar über so bestrittene Fragen ausspricht. Ein falsches Indossament ist keines. Die Uebertragung einer Wechsel-Forderung durch einen nicht Berechtigten (Dieb, Finder des Wechsels) ist keine Uebertragung, wirkt also nichts und legitimirt sonach weder den Nehmer des Wechsels, noch einen seiner Nachmänner, da diese nur mittelbar durch ihn Rechte erwerben konnten. Nach den angeführten Stellen scheint man auch der Ansicht gewesen zu sein, daß die Einrede der Fälschung zuläßig sei und zwar wird dabei nicht erwähnt, daß sie gerade nur gegen den Fälscher vorgebracht werden könne, nicht aber gegen seine Rechtsnachfolger. Der Art. 74 bezieht sich auf den Art. 36. Wer also nach dem Art. 36 nicht legitimirt ist, der wird durch den Art. 74 nicht von der Herausgabe des Wechsels befreit, auch wenn er denselben in gutem Glauben erworben hat. Wenn dagegen ein in blanco indossirter Wechsel durch die Hände eines Diebes gelaufen, von diesem nicht besonders indossirt, sondern nur in andere Hand gegeben ist, so wird dem redlichen Inhaber des Wechsels, welcher das Blanco-Indossament auf seinen Namen ausfüllt (Art. 13 der W.O.) und die nachfolgenden Indossamente ausstreicht (Art. 36), keine Einrede entgegengesetzt werden können. Denn er ist durch eine zusammenhängende und ächte Reihe von Indossamenten legitimirt. Wahrscheinlich wäre die wahre Meinung der Verfasser der Wech-

selordnung durch die Annahme des von Hamburg gestellten Antrages besser als durch die Verwerfung desselben ausgesprochen worden. Wenn man so weit geht, wie die Wechselordnung, so ist ein Schritt weiter nur folgerecht. Entweder das Indossament — das ausgefüllte, oder das nicht ausgefüllte — ist nur ein Beweismittel der rechtlich übertragenen Wechselforderung: alsdann muß der Gegenbeweis überall zulässig erscheinen, und die Bestimmung des Art. 74 ist nicht folgerecht; denn wenn die Falschheit des Beweismittels nachgewiesen wird, wenn die Uebertragung von einem der Wechsel-Inhaber unbefugterweise geschehen ist, so sind alle seine Nachmänner nicht legitimirt; derjenige ist alsdann nur für die Wechselforderung legitimirt, der sie ursprünglich selbst, oder von einem berechtigten Indossanten erworben hat; diesem gebührt alsdann auch die Urkunde, der Wechsel, worauf die Wechselforderung verzeichnet ist, und er kann sie von dem Besitzer fordern, gleich viel, ob dieser sie in gutem Glauben besitze, oder nicht. Oder der Inhaber eines indossirten Wechsels wird durch eine zusammenhängende, bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten unbedingt Herr der Forderung — mögen diese Indossamente ächt oder falsch sein — wenn sich nur der Inhaber in gutem Glauben befindet: in diesem Falle war der von Hamburg beantragte Zusatz unbedenklich und zur Entscheidung von Streitfragen nützlich; in diesem Fall aber war auch die Zulassung von Wechseln auf den Inhaber gerechtfertigt, mithin der Art. 4 (3) der Wechselordnung nicht gerechtfertigt; denn wenn einmal auf den Besitz des Wechsel-Dokuments der Hauptwerth gelegt wird — auf falsche Indossamente kann man ja wohl keinen großen Werth legen und selbst nicht auf ächte Blanko-Indossamente eines Wechsels, der durch die Hände von Dieben gelaufen ist — so ist hiermit der entscheidende Grund für die Zulassung von Wechseln auf den Inhaber gegeben. (Vergl. hierüber meine Abhandlung in der Zeitschrift für deutsches Recht XI, 1. §. 8.)

Aus dem Geiste des Wechselwesens, gegen die Ansicht von Scherer, Thl. III. S. 169 und anderer Schriftsteller, folgert Treitschke in seiner Encyclopädie der Wechselrechte, II. S. 602, daß der redliche Erwerber eines durch falsches Indossament übertragenen Wechsels ohne Weiteres Zahlung desselben fordern könne. (Vergl. ferner Treitschke das. I. S. 421.) Damit scheint es nicht übereinzustimmen, wenn derselbe Schriftsteller (Thl. II. S. 816) die Zahlung eines Wechsels vor Verfall widerräth, weil damit Gefahr in Hinsicht auf die Legitimation des Empfängers verknüpft sei, und weil Jedem, der etwa ein besseres Recht haben sollte, möglichst lange Zeit gelassen werden müsse, sich damit zu melden. — Eine positive Gesetzgebung ist über einen so wichtigen Gegenstand, wo man

nun einmal mit römischem Recht nicht auskommt, und das neuere Recht so schwer sich bilden will, sehr wünschenswerth, da sonst eine schwankende Willkühr in den Entscheidungen der Gerichte zu leicht sich einstellt und einstellen muß, da auch die Schriftsteller nichts weniger als einig sind.

Art. 37. Lautet ein Wechsel auf eine Münzsorte, welche am Zahlungsorte keinen Umlauf hat, oder auf eine Rechnungswährung, so kann die Wechselsumme nach ihrem Werthe zur Verfallzeit in der Landesmünze gezahlt werden, sofern nicht der Aussteller durch den Gebrauch des Wortes „effectiv" oder eines ähnlichen Zusatzes die Zahlung in der im Wechsel benannten Münzsorte ausdrücklich bestimmt hat.

Darüber, was gegenwärtig Landesmünze sei, vergl. meine Anmerk. zu den Wechselgesetzen der freien Stadt Frankfurt S. 74—78.

Art. 38. Der Inhaber des Wechsels darf eine ihm angebotene Theilzahlung selbst dann nicht zurückweisen, wenn die Annahme auf den ganzen Betrag der verschriebenen Summe erfolgt ist.

Art. 39. Der Wechselschuldner ist nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen verpflichtet.

Hat der Wechselschuldner eine Theilzahlung geleistet, so kann derselbe nur verlangen, daß die Zahlung auf den Wechsel abgeschrieben und ihm Quittung auf einer Abschrift des Wechsels ertheilt werde.

Zu Art. 39 findet sich in dem Protokoll der Leipziger Conferenz vom 6. Novbr. 1847 die Bemerkung:

„Hierbei kam auch zur Sprache, in wie weit der Wechselschuldner die Aechtheit der Quittung zu prüfen, ob der unmittelbare Empfänger diese Quittung zu ertheilen, ob er sich dabei über die Befugniß zu quittiren auszuweisen habe u. s. w. Man war jedoch darin einverstanden, daß dieser Punkt mit der Legitimation zum Empfange der Zahlung in Verbindung stehe, und daher durch die Beschlußnahme zu dem Art. 36 seine Erledigung gefunden habe."

Wenn also der Inhaber des Wechsels durch eine bis auf ihn hinunter gehende Reihe von Indossamenten gehörig legitimirt ist und dieser quittirt hat, so ist Alles in Ordnung. Wie aber, wenn die Quittung falsch war? darüber sagt der Art. 36 nichts. Wahrscheinlich war es jedoch die Ansicht der Conferenz, den Inhaber eben so wenig zu einer Prüfung über die Aechtheit der Quittung, als über die Aechtheit der Indossamente, verpflichten zu wollen.

Art. 40. Wird die Zahlung des Wechsels zur Verfallzeit nicht gefordert, so ist der Acceptant nach Ablauf der für die Protesterhe-

bung Mangels Zahlung bestimmten Frist befugt, die Wechselsumme auf Gefahr und Kosten des Inhabers bei Gericht, oder bei einer anderen zur Annahme von Depositen ermächtigten Behörde oder Anstalt niederzulegen.

Der Vorladung des Inhabers bedarf es nicht.

VIII. Regreß Mangels Zahlung.

Art. 41. Zur Ausübung des bei nicht erlangter Zahlung statthaften Regresses gegen den Aussteller und die Indossanten ist erforderlich:

1) daß der Wechsel zur Zahlung präsentirt worden ist, und
2) daß sowohl diese Präsentation, als die Nichterlangung der Zahlung durch einen rechtzeitig darüber aufgenommenen Protest dargethan wird.

Die Erhebung des Protestes ist am Zahlungstage zulässig, sie muß aber spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage geschehen.

Wann ist der Protest am Zahlungstage zulässig? Ursprünglich war vorgeschlagen: von drei Uhr Nachmittags an. Allein diese Vorschrift ist weggeblieben; mithin ist der Protest zu jeder Stunde zulässig, da das Gesetz nicht unterscheidet. Der Inhaber des Wechsels muß die Zahlung abholen lassen, bekommt er dieselbe nicht, so kann er sofort protestiren, oder damit bis zum zweiten Werktag (und zwar in Preußen und Hamburg bis 7 Uhr Abends) nach dem Zahltag warten, aber nicht länger. Er kann jedoch überhaupt mit der Präsentation zur Zahlung bis zum zweiten Werktage nach dem Zahlungstage warten, nicht allein mit dem Protest M. 3. Der Abgeordnete für Frankfurt hatte in Leipzig vorgeschlagen, daß man dieses noch deutlicher ausdrücken möge. Allein man fand, daß es deutlich genug in dem Art. 41 enthalten sei. (Leipziger Prot. vom 7. Decbr. 1847.)

Art. 42. Die Aufforderung, keinen Protest erheben zu lassen („ohne Protest," „ohne Kosten" rc.) gilt als Erlaß des Protestes, nicht aber als Erlaß der Pflicht zur rechtzeitigen Präsentation. Der Wechselverpflichtete, von welchem jene Aufforderung ausgeht, muß die Beweislast übernehmen, wenn er die rechtzeitig geschehene Präsentation in Abrede stellt.

Gegen die Pflicht zum Ersatze der Protestkosten schützt jene Aufforderung nicht.

Art. 43. Domicilirte Wechsel sind dem Domiciliaten, oder

wenn ein solcher nicht benannt ist, dem Bezogenen selbst an demjenigen Orte, wohin der Wechsel domicilirt ist, zur Zahlung zu präsentiren, und wenn die Zahlung unterbleibt, dort zu protestiren.

Wird die rechtzeitige Protesterhebung beim Domiciliaten verabsäumt, so geht dadurch der wechselmäßige Anspruch nicht nur gegen den Aussteller und die Indossanten, sondern auch gegen den Acceptanten verloren.

Man hat den Bezogenen bei einem domizilirten Wechsel mit dem Trassanten und den Domiziliaten mit dem Trassaten verglichen, namentlich auch in der Hinsicht, daß der Bezogene dem Domizilirten ebenso, wie der Trassant dem Trassaten Fonds zur Deckung des Wechsels anzuschaffen pflege, die ihm dann bei einer Vernachläßigung von Seiten des Inhabers verloren gehen möchten. (Protok. der Leipz. Conf. vom 9. Nov. 1847.) Dieses System hat gegen manchen Widerspruch überwogen, und so ist dem Bezogenen eines domizilirten Wechsels bei einer Versäumniß des Inhabers dieselbe Befreiung vom Wechsel-Regreß zugesprochen worden, die in gleichem Fall der Trassant genießt. Es war die Einschränkung vorgeschlagen, und Berücksichtigung derselben bei der Fassung zugesagt worden: daß die angeordnete Folge eines Präjudizes wenigstens alsdann nicht eintreten solle, wenn der am Zahlungsort aufzusuchende Zahler eben der Acceptant selbst sei. Allein später scheint man diese Bestimmung als zu speciell weggelassen zu haben, und sie versteht sich freilich von selbst. Denn wenn sich das Domizil nicht schon aus dem Wechsel selbst ergibt, noch der Bezogene solches bei der Annahme des Wechsels bemerkt hat (Art. 24), so wird angenommen, daß der Bezogene selbst die Zahlung am Zahlungsorte leisten wolle. Hier ist also kein von ihm getrennter Domiziliat vorhanden; er ist es selbst und haftet fort wie jeder Acceptant eines nicht domizilirten Wechsels.

Das Protokoll der Leipziger Conferenz vom 9. Novbr. 1847 enthält noch die Bemerkung: „Uebrigens wurde im Laufe der Verhandlungen — anerkannt, daß unter Domizilwechseln nur solche zu verstehen seien, auf welchen der Aussteller einen vom Wohnort des Bezogenen verschiedenen Zahlort angegeben habe. Man erklärte demzufolge, daß das Hinzufügen eines Domizils vom Bezogenen den Wechsel nicht zu einem Domizilwechsel mache, daß dergleichen Zusätze beim Accepte vielmehr lediglich nach den über limitirte Accepte gegebenen Regeln zu beurtheilen seien, daß man es aber angemessen finde, die Benennung eines Domizilirten am Zahlorte durch den acceptirenden Bezogenen für eine gültige und erlaubte Limitation des Accep-

tes zu erklären, und solches durch einen Zusatz zu dem Art. 24 auszusprechen."

Dieser Zusatz ist jedoch weggeblieben.

Art. 44. Zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten bedarf es mit Ausnahme des im Art. 43 erwähnten Falles weder der Präsentation am Zahlungstage, noch der Erhebung eines Protestes.

Art. 45. Der Inhaber eines Mangels Zahlung protestirten Wechsels ist verpflichtet, seinen unmittelbaren Vormann innerhalb zweier Tage nach dem Tage der Protesterhebung von der Nichtzahlung des Wechsels schriftlich zu benachrichtigen, zu welchem Ende es genügt, wenn das Benachrichtigungsschreiben innerhalb dieser Frist zur Post gegeben ist.

Jeder benachrichtigte Vormann muß binnen derselben, vom Tage des empfangenen Berichts zu berechnenden Frist seinen nächsten Vormann in gleicher Weise benachrichtigen.

Der Inhaber oder Indossatar, welcher die Benachrichtigung unterläßt oder dieselbe nicht an den unmittelbaren Vormann ergehen läßt, wird hierdurch den sämmtlichen oder den übersprungenen Vormännern zum Ersatze des aus der unterlassenen Benachrichtigung entstandenen Schadens verpflichtet. Auch verliert derselbe gegen diese Personen den Anspruch auf Zinsen und Kosten, so daß er nur die Wechselsumme zu fordern berechtigt ist.

Art. 46. Kommt es auf den Nachweis der dem Vormanne rechtzeitig gegebenen schriftlichen Benachrichtigung an, so genügt zu diesem Zwecke der durch den Postattest geführte Beweis, daß ein Brief von dem Betheiligten an den Adressaten an dem angegebenen Tage abgesandt ist, sofern nicht dargethan wird, daß der angekommene Brief einen anderen Inhalt gehabt hat.

Auch der Tag des Empfanges der erhaltenen schriftlichen Benachrichtigung kann durch ein Postattest nachgewiesen werden.

Art. 47. Hat ein Indossant den Wechsel ohne Hinzufügung einer Ortsbezeichnung weiter begeben, so ist der Vormann desselben von der unterbliebenen Zahlung zu benachrichtigen.

Art. 48. Jeder Wechselschuldner hat das Recht, gegen Erstattung der Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten die Auslieferung des quittirten Wechsels und des wegen Nichtzahlung erhobenen Protestes von dem Inhaber zu fordern.

In diesen Artt. ist die Notifikation des Protestes N. 3., **als Bedingung des Wechsel-Regresses**, aufgehoben. Daß eine solche Notifikation im Interesse des Vormannes liegt und dem Inhaber wohl auferlegt werden dürfte, leuchtet von selbst ein. Die Schwierigkeit lag bisher darin, daß wenn in dem gewöhnlichen Geschäftsverkehr ohne Furcht vor Chikanen, und also ohne besondere Vorsichtsmaßregeln für einen zu beschaffenden Beweis gehandelt wurde, dieser Beweis der geschehenen Benachrichtigung alsdann einem nach Ausflüchten suchenden Schuldner gegenüber schwer zu liefern war. Dieser Mißbrauch, den schlechte Zahler mit der Verbindlichkeit des Wechsel-Inhabers zum Nachweis der geschehenen Notifikation trieben, und der bei allen Gerichten häufig zum Vorschein kam, hat nunmehr dahin geführt, daß der Wechsel-Regreß von der Notifikation nicht mehr abhängig ist. Andere Nachtheile sollen dagegen denjenigen treffen, der sie unterläßt und der Beweis derselben ist erleichtert. Man muß diese Vorschriften praktisch und zweckmäßig nennen.

Den Art. 47 hat man in einer Hamburger Zusatz-Verordnung dahin erläutern zu müssen geglaubt, daß wenn ein Indossant den Wechsel ohne Hinzufügung einer Ortsbezeichnung weiter begeben hat, der Inhaber oder Indossatar befugt ist, **statt desselben** dessen Vormann zu benachrichtigen.

Art. 49. Der Inhaber eines, Mangels Zahlung protestirten Wechsels kann die Wechselklage gegen alle Wechselverpflichtete, oder auch nur gegen Einige oder Einen derselben anstellen, ohne dadurch seinen Anspruch gegen die nicht in Anspruch genommenen Verpflichteten zu verlieren.

Derselbe ist an die Reihenfolge der Indossamente nicht gebunden.

Art. 50. Die Regreßansprüche des Inhabers, welcher den Wechsel Mangels Zahlung hat protestiren lassen, beschränken sich auf:

1) die nicht bezahlte Wechselsumme nebst sechs Procent jährlicher Zinsen vom Verfalltage ab,
2) die Protestkosten und anderen Auslagen,
3) eine Provision von $1/3$ Procent.

Die vorstehenden Beträge müssen, wenn der Regreßpflichtige an einem anderen Orte, als dem Zahlungsorte wohnt, zu demjenigen Course gezahlt werden, welchen ein vom Zahlungsorte auf den Wohnort des Regreßpflichtigen gezogener Wechsel auf Sicht hat.

Besteht am Zahlungsorte kein Cours auf jenen Wohnort, so wird der Cours nach demjenigen Platze genommen, welcher dem Wohnorte des Regreßpflichtigen am nächsten liegt.

Der Cours ist auf Verlangen des Regreßpflichtigen durch ei-

nen, unter öffentlicher Autorität ausgestellten Courszettel oder durch das Attest eines vereideten Mäklers, oder in Ermangelung derselben durch ein Attest zweier Kaufleute zu bescheinigen.

Art. 51. Der Indossant, welcher den Wechsel eingelöst oder als Rimesse erhalten hat, ist von einem früheren Indossanten oder von dem Aussteller zu fordern berechtigt:

1) die von ihm gezahlte oder durch Rimesse berichtigte Summe nebst sechs Procent jährlicher Zinsen vom Tage der Zahlung,
2) die ihm erstandenen Kosten,
3) eine Provision von 1/3 Procent.

Die vorstehenden Beträge müssen, wenn der Regreßpflichtige an einem andern Orte, als der Regreßnehmer wohnt, zu demjenigen Course gezahlt werden, welchen ein vom Wohnorte des Regreßnehmers auf den Wohnort des Regreßpflichtigen gezogener Wechsel auf Sicht hat.

Besteht im Wohnorte des Regreßnehmers kein Cours auf den Wohnort der Regreßpflichtigen, so wird der Cours nach demjenigen Platze genommen, welcher dem Wohnorte des Regreßpflichtigen am nächsten liegt.

Wegen der Bescheinigung des Courses kommt die Bestimmung des Art. 50 zur Anwendung.

Art. 52. Durch die Bestimmungen der Art. 50 und 51 Nro. 1 und 3 wird bei einem Regresse auf einen ausländischen Ort die Berechnung höherer, dort zulässiger Sätze nicht ausgeschlossen.

Art. 53. Der Regreßnehmer kann über den Betrag seiner Forderung einen Rückwechsel auf den Regreßpflichtigen ziehen.

Der Forderung treten in diesem Falle noch die Mäklergebühren für Negozirung des Rückwechsels, so wie die etwaigen Stempelgebühren hinzu.

Der Rückwechsel muß auf Sicht zahlbar und unmittelbar (a drittura) gestellt werden.

Art. 54. Der Regreßpflichtige ist nur gegen Auslieferung des Wechsels, des Protestes und einer quittirten Retourrechnung Zahlung zu leisten verbunden.

Art. 55. Jeder Indossant, der einen seiner Nachmänner befriedigt hat, kann sein eigenes und seiner Nachmänner Indossament ausstreichen.

Der Art. 49 enthält im Verhältniß zu vielen deutschen Gesetzgebungen, z. B. zu der Frankfurter W.O. Art. 28 eine große Neuerung.

Wenn nach Artt. 50 u. 51 der Cours vom Zahlungsorte (bez. Einlösungsorte) auf den Wohnort des Regreßpflichtigen durch das Attest eines vereideten Mäklers, oder zweier Kaufleute soll bestimmt werden können, so ist diese Bestimmung nur für den Wechsel-Regreß getroffen, und schließt eine Rückforderung des zu viel Bezahlten auf dem Wege des gewöhnlichsten Verfahrens nicht aus. Es könnte sonst aus dieser Vorschrift doch manche Ueberforderung entstehen.

Die eben bezeichneten Artt. sind bekanntlich abweichend von den Bestimmungen des Code de c. art. 179 flg., jedoch übereinstimmend mit den richtigen Grundsätzen (s. meine Bemerk. zu den Frankf. Wechselgesetzen S. 41 flg.).

Es war in der Leipziger Conferenz vom 12. Novbr. 1847 noch die Frage aufgeworfen worden:

„Ob nicht dem Inhaber eines M. Z. protestirten Wechsels die Wahl zuzugestehen sei, entweder die in dem Artt. 49. 50. (50. 51) bestimmten Beträge nach Cours, oder die Erstattung der von ihm gegebenen Valuta nebst Zinsen zu fordern?"

Da indessen der Regreßpflichtige, vermöge der von ihm übernommenen Garantie, zu einem Mehreren nicht für verbunden erachtet werden kann, als dem Inhaber alles dasjenige zu gewähren, was der Inhaber bei einem regelmäßigen Verlaufe des Wechsels erlangt haben würde, auch die Voraussetzung irrig ist, daß jeder Wechsel gekauft sei; so wurde die Frage verneint.

IX. Intervention.

1) Ehrenannahme.

Art. 56. Befindet sich auf einem, Mangels Annahme protestirten Wechsel eine auf den Zahlungsort laufende Nothadresse, so muß, ehe Sicherstellung verlangt werden kann, die Annahme von der Nothadresse gefordert werden.

Unter mehreren Nothadressen gebührt derjenigen der Vorzug, durch deren Zahlung die meisten Verpflichteten befreit werden.

Art. 57. Die Ehrenannahme von Seiten einer nicht auf dem Wechsel als Nothadresse benannten Person braucht der Inhaber nicht zuzulassen.

Art. 58. Der Ehrenacceptant muß sich den Protest Mangels Annahme gegen Erstattung der Kosten aushändigen und in einem Anhange zu demselben die Ehrenannahme bemerken lassen.

Er muß den Honoraten unter Uebersendung des Protestes von der geschehenen Intervention benachrichtigen und diese Benachrichti-

gung mit dem Proteste innerhalb zweier Tage nach dem Tage der Protesterhebung zur Post geben.

Unterläßt er dieß, so haftet er für den durch die Unterlassung entstehenden Schaden.

Art. 59. Wenn der Ehrenacceptant unterlassen hat, in seinem Accepte zu bemerken, zu wessen Ehren die Annahme geschieht, so wird der Aussteller als Honorat angesehen.

Art. 60. Der Ehrenacceptant wird den sämmtlichen Nachmännern des Honoraten durch die Annahme wechselmäßig verpflichtet. Diese Verpflichtung erlischt, wenn dem Ehrenacceptanten der Wechsel nicht spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage zur Zahlung vorgelegt wird.

Art. 61. Wenn der Wechsel von einer Nothadresse oder einem andern Intervenienten zu Ehren angenommen wird, so haben der Inhaber und die Nachmänner des Honoraten keinen Regreß auf Sicherstellung.

Derselbe kann aber von dem Honoraten und dessen Vormännern geltend gemacht werden.

2) Ehrenzahlung.

Art. 62. Befinden sich auf dem von dem Bezogenen nicht eingelösten Wechsel oder der Copie Nothadressen oder ein Ehrenaccept, welche auf den Zahlungsort lauten, so muß der Inhaber den Wechsel spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage den sämmtlichen Nothadressen und dem Ehrenacceptanten zur Zahlung vorlegen, und den Erfolg im Proteste Mangels Zahlung oder in einem Anhange zu demselben bemerken lassen.

Unterläßt er dieß, so verliert er den Regreß gegen den Adressanten oder Honoraten und deren Nachmänner.

Weis't der Inhaber die von einem anderen Intervenienten angebotene Ehrenzahlung zurück, so verliert er den Regreß gegen die Nachmänner des Honoraten.

In diesen Artt. (56 – 62) findet sich eine Masse von legislativen Streitfragen und zwar in einer recht praktischen Weise entschieden. Auf die Systeme einzugehen, welche an die Stelle der hier aufgenommenen Bestimmungen hätten gesetzt werden können, das würde für den Zweck dieser Arbeit zu weit führen. In dem Leipziger Protokoll vom 15. Nov. 1847 findet sich das Nachstehende bemerkt:

„Man war der Meinung, daß eine Ehrenacceptation der letzteren A (nämlich für einen Theil des Wechselbetrages) gar nicht stem haft sei, vielmehr die Ehrenacceptation auf einen Theil der Summe nur dann Berücksichtigung erwarten könne, wenn sie sich auf den ganzen von dem Bezogenen nicht acceptirten Rest erstrecke."

Zu Art. 62 vgl. die Bremer W.O. Art. 101. Die Versäumniß der Vorlage des Wechsels zur Zahlung an die Nothadresse oder an den Ehrenacceptanten äußert nur einen Einfluß auf das Verhältniß des Adressanten oder Honoraten und ihrer Nachmänner. Die letzteren wären durch die Zahlung zu Ehren der Noth-Adresse oder des Honoraten gänzlich befreit worden und es ist demnach sachgemäß, daß wider sie nach solcher Versäumniß kein Regreß weiter stattfinde. Der Nothadressant und Honorat würde durch jene Zahlung wenigstens in Bezug auf den Inhaber des Wechsels regreßfrei geworden sein. Die Vormänner des Noth-Adressanten oder des Honoraten sind dagegen bei der ganzen Intervention durchaus nicht betheiligt. Wenn der Inhaber die von einem anderen Intervenienten (nicht von dem Nothadressaten oder Ehrenacceptanten) angebotene Ehrenzahlung zurückweist, so soll er doch den Regreß gegen denjenigen behalten, zu dessen Gunsten die Ehrenzahlung angeboten worden, weil bei einer Nothadresse und bei einem Ehrenacceptanten etwa vorausgesetzt werden kann, daß der Adressat oder Ehrenacceptant bereits Deckung in Händen hat, oder doch mit dem Adressanten in besonderer Geschäftsverbindung steht und daher keinen wechselmäßigen Regreß gegen denselben nehmen wird. Bei einer anderen Intervention ist dieses weniger anzunehmen. Auf diesen Annahmen und Voraussetzungen beruht die Vorschrift des Art. 62.

Art. 63. Dem Ehrenzahler muß der Wechsel und der Protest Mangels Zahlung gegen Erstattung der Kosten ausgehändigt werden.

Er tritt durch die Ehrenzahlung in die Rechte des Inhabers (Art. 50 und 52) gegen den Honoraten, dessen Vormänner und den Acceptanten.

Art. 64. Unter Mehreren, welche sich zur Ehrenzahlung erbieten, gebührt Demjenigen der Vorzug, durch dessen Zahlung die meisten Wechselverpflichteten befreit werden.

Ein Intervenient, welcher zahlt, obgleich aus dem Wechsel oder Proteste ersichtlich ist, daß ein Anderer, dem er hiernach nachstehen müßte, den Wechsel einzulösen bereit war, hat keinen Regreß gegen diejenigen Indossanten, welche durch Leistung der von dem Anderen angebotenen Zahlung befreit worden wären.

Art. 65. Der Ehren-Acceptant, welcher nicht zur Zahlungsleistung gelangt, weil der Bezogene oder ein anderer Intervenient

bezahlt hat, ist berechtigt, von dem Zahlenden eine Provision von $^1/_3$ Prozent zu verlangen.

Eine theilweise Ehrenzahlung ist in dem Protokoll der Leipziger Conferenz vom 16. Nov. 1847 für unzulässig erklärt. Zur Begründung eines entgegengesetzten Antrages wurde angeführt, daß ja der Inhaber auch von dem Bezogenen Theilzahlungen annehmen müsse. Hiergegen wurde jedoch eingewendet: Wenn man die theilweise Ehren-Acceptation nicht zulasse, so könne man sich auch nicht für die Zulassung einer theilweisen Ehrenzahlung aussprechen. Letztere würde überdieß in vielen Fällen und namentlich, wenn von mehreren Seiten Theilzahlungen angeboten würden, zu großen Verwicklungen führen, weil jedem einzelnen Intervenienten bezüglich des von ihm gezahlten Betrages der Regreß gelassen werden müßte.

Zu den Art. 62 und 63 enthält eine Hamburger Zusatz-Verordnung noch die Bestimmung, daß, nach dortigem Gebrauch, dem Ehrenacceptanten gestattet bleibe, die Zahlung auf Verfall auch bereits vor erhobenem Protest M. Z. zu leisten. Er tritt durch solche Zahlung in die Rechte des Inhabers gegen den Honoraten, dessen Vormänner und den Acceptanten, und hat sodann die zur Ausübung dieser Rechte von der W. O. vorgeschriebenen Förmlichkeiten an der Stelle des Inhabers seinerseits zu erfüllen.

X. Vervielfältigung eines Wechsels.

1. Wechselduplicate.

Art. 66. Der Aussteller eines gezogenen Wechsels ist verpflichtet, dem Remittenten auf Verlangen mehrere gleichlautende Exemplare des Wechsels zu überliefern.

Dieselben müssen im Contexte als Prima, Secunda, Tertia u. s. w. bezeichnet seyn, widrigenfalls jedes Exemplar als ein für sich bestehender Wechsel (Sola-Wechsel) erachtet wird.

Auch ein Indossatar kann ein Duplicat des Wechsels verlangen. Er muß sich dieserhalb an seinen unmittelbaren Vormann wenden, welcher wieder an seinen Vormann zurückgehen muß, bis die Anforderung an den Aussteller gelangt. Jeder Indossatar kann von seinem Vormanne verlangen, daß die früheren Indossamente auf dem Duplicat wiederholt werden.

Art. 67. Ist von mehreren ausgefertigten Exemplaren das eine bezahlt, so verlieren dadurch die anderen ihre Kraft.

Jedoch bleiben aus den übrigen Exemplaren verhaftet:

1) der Indossant, welcher mehrere Exemplare desselben Wechsels

an verschiedene Personen indossirt hat, und alle späteren Indossanten, deren Unterschriften sich auf den, bei der Zahlung nicht zurückgegebenen Exemplaren befinden, aus ihren Indossamenten;

2) der Acceptant, welcher mehrere Exemplare desselben Wechsels acceptirt hat, aus den Accepten auf den bei der Zahlung nicht zurückgegebenen Exemplaren.

Art. 68. Wer eines von mehreren Exemplaren eines Wechsels zur Annahme versandt hat, muß auf den übrigen Exemplaren bemerken, bei wem das von ihm zur Annahme versandte Exemplar anzutreffen ist. Das Unterlassen dieser Bemerkung entzieht jedoch dem Wechsel nicht die Wechselkraft.

Der Verwahrer des zum Accepte versandten Exemplars ist verpflichtet, dasselbe demjenigen auszuliefern, der sich als Indossatar (Art. 36) oder auf andere Weise zur Empfangnahme legitimirt.

Art. 69. Der Inhaber eines Duplicats, auf welchem angegeben ist, bei wem das zum Accepte versandte Exemplar sich befindet, kann Mangels Annahme desselben den Regreß auf Sicherstellung und Mangels Zahlung den Regreß auf Zahlung nicht eher nehmen, als bis er durch Protest hat feststellen lassen:

1) daß das zum Accepte versandte Exemplar ihm vom Verwahrer nicht verabfolgt worden ist, und

2) daß auch auf das Duplicat die Annahme oder die Zahlung nicht zu erlangen gewesen.

Diese Artt. erläutern sich am einfachsten durch die Motive des ersten Entwurfs: „Die Ausstellung mehrerer Exemplare desselben Wechsels geschieht in der Regel zu dem Zwecke, damit das eine Exemplar zum Accept versendet werde, während das andere zum Giriren in Umlauf gesetzt wird, oder zur Sicherheit für den Fall, wenn ein Exemplar verloren gehe. Es wäre möglich, den Duplikaten eine verschiedene rechtliche Bedeutung beizulegen, je nachdem sie zu dem einen oder zu dem anderen Zwecke ausgefertigt werden. Das hat jedoch nicht angemessen geschienen. Denn einestheils ist aus den Duplikaten nicht zu ersehen, zu welchem Zweck sie ertheilt sind, sofern man nicht etwa zur Bezeichnung dieses Zweckes besondere Förmlichkeiten vorschreiben will; andererseits setzt man der weiteren Ausbildung des Handelsgebrauchs ohne Noth Schranken, wenn man nur zu bestimmten, im Gesetz ausgedrückten Zwecken die Vervielfältigung der Wechsel zuläßt. Der Entwurf behandelt deswegen die Duplikate ohne Rücksicht auf ihren Zweck im Allgemeinen nach denselben Grundsätzen und

giebt nur über die im Fall der Versendung zum Accepte eintretenden eigenthümlichen Verhältnisse besondere Vorschriften.

„Da mehrere Exemplare nur eine Wechselverbindlichkeit bilden und beurkunden sollen, so ist es nöthig, daß ihr Zusammenhang aus dem Inhalt derselben erhelle, also jedes Exemplar als prima, secunda, tertia bezeichnet werde, widrigenfalls ein jedes derselben als ein für sich bestehender Wechsel behandelt werden muß.

„Bei beobachteter Form nimmt der Entwurf den Grundsatz an, daß alle Exemplare zusammen, aber auch alle einzelnen Exemplare den ganzen Wechsel repräsentiren. Daraus folgt die Regel, daß mit der Zahlung eines Exemplars alle ihre Kraft verlieren. Ein besonderer Vermerk in der Secunda, Tertia, daß die darauf geleistete Zahlung die Wirkung der übrigen vernichte, scheint nicht nothwendig, aber die Regel des Art. 63 (67) muß gewiße Ausnahmen erleiden.

„Es ist nämlich zunächst möglich, daß der Inhaber des Wechsels aus Versehen oder betrügerischer Weise die verschiedenen Exemplare an verschiedene Personen indossirt. Dadurch kann er die Verbindlichkeiten seiner Vormänner und des Ausstellers nicht erschweren; sie haften immer nur einmal und müssen deshalb durch jede vom Bezogenen auf eines der Exemplare geleistete Zahlung befreit werden. Der Indossant selbst aber, der zweimal Valuta empfängt, muß auch jedem der beiden Indossatare, namentlich also demjenigen, welcher nicht zur Hebung gelangt, weil ihm der andere zuvorgekommen ist, zum Wechselregresse verpflichtet seyn. Dasselbe gilt von denjenigen, welche nach einem solchen doppelten Indossament verschiedene Exemplare weiter girirt haben, sie haften bei jedem Exemplare ihren Hintermännern. Wird von dem Bezogenen ein Exemplar durch Zahlung eingelöst, so werden die Verbindlichkeiten aus den auf diesem Exemplar stehenden Indossamenten gelöst; die Indossamente auf den anderen Exemplaren müssen aber in Kraft bleiben. — Aehnlich verhält es sich mit dem Accepte. Dasselbe bildet einen für sich bestehenden Grund der Wechselverbindlichkeit. Hat demnach der Acceptant mehrere Exemplare acceptirt, oder hat er sich bei einer Zahlung nicht das acceptirte Exemplar zurückgeben lassen, so muß er dem Eigenthümer eines acceptirten Exemplars aus seinem Accepte vor wie nach verhaftet bleiben. Diese Ausnahmen von der Regel enthalten die Nro. 1 und 2 Art. 63 (67)."

„Die Vorschriften im Art. 64 und 65 (68. 69) betreffen den Fall, wenn ein Exemplar des Wechsels zum Accept versendet und ein anderes in Umlauf gesetzt wird. Daß auf dem letzteren vermerkt werden soll, wo und wann das erstere zu pfänden ist, bestimmt schon das allgemeine Landrecht §. 952. Wie es aber mit der Verwahrung und Aufsuchung und wie es in dem Fall gehalten werden soll, wenn der Eigenthümer das

versendete Exemplar nicht auffinden kann, oder wenn dasselbe gar nicht oder nicht gehörig acceptirt ist, darüber fehlen Bestimmungen. Die Artt. 64 und 65 (68 und 69) sind bestimmt, diese Lücke auszufüllen. Daß das Unterlassen des im Art. 64 (68) erwähnten Vermerks dem Wechsel nicht die Wechselkraft entziehen könne, ergiebt sich aus dem Zwecke, zu welchem diese Bestimmung erlassen ist. Danach soll der Nehmer oder Eigenthümer des Wechsels berechtigt seyn, von dem Geber, welcher ein Exemplar, weil es zum Accepte versendet ist, nicht ausliefern kann, zu verlangen, daß er das Exemplar nachweise und zu diesem Zwecke den Verwahrungsort auf dem Duplikate oder der Copie vermerke, wodurch dann der Nehmer wiederum berechtigt, aber auch verpflichtet wird, das Exemplar gehörigen Orts abzufordern, ehe er Regreß nehmen kann. So lange der Nehmer von dem Rechte auf Angabe des Verwahrungsortes keinen Gebrauch gemacht hat, mag er es sich selbst zuschreiben, daß ihm die Geltendmachung seiner Rechte erschwert wird".

2. Wechselcopieen.

Art. 70. Wechselcopieen müssen eine Abschrift des Wechsels und der darauf befindlichen Indossamente und Vermerke enthalten und mit der Erklärung: „bis hierher Abschrift (Copie)" oder mit einer ähnlichen Bezeichnung versehen seyn.

In der Copie ist zu bemerken, bei wem das zur Annahme versandte Original des Wechsels anzutreffen ist. Das Unterlassen dieses Vermerkes entzieht jedoch der indossirten Copie nicht ihre wechselmäßige Kraft.

Art. 71. Jedes auf einer Copie befindliche Original-Indossament verpflichtet den Indossanten eben so, als wenn es auf einem Original-Wechsel stünde.

Art. 72. Der Verwahrer des Original-Wechsels ist verpflichtet, denselben dem Besitzer einer mit einem oder mehreren Original-Indossamenten versehenen Copie auszuliefern, sofern sich derselbe als Indossatar oder auf andere Weise zur Empfangnahme legitimirt.

Wird der Original-Wechsel vom Verwahrer nicht ausgeliefert, so ist der Inhaber der Wechselcopie nur nach Aufnahme des im Art. 69. Nro. 1 erwähnten Protestes Regreß auf Sicherstellung und nach Eintritt des in der Copie angegebenen Verfalltages Regreß auf Zahlung gegen diejenigen Indossanten zu nehmen berechtigt, deren Original-Indossamente auf der Copie befindlich sind.

Die in dem zweiten Absatz des Art. 72 mit Bezug auf Art. 69 Nr. 1

dem Wechselinhaber auferlegte Pflicht zur Protestation bei dem Wechsel-Verwahrer wegen Nicht-Auslieferung des Originals bezieht sich auf den Fall, wenn nach Vorschrift von Art. 70 auf der Copie sich bemerkt findet, bei wem das Original anzutreffen sei.

XI. Abhanden gekommene Wechsel.

Art. 73. Der Eigenthümer eines abhanden gekommenen Wechsels kann die Amortisation des Wechsels bei dem Gerichte des Zahlungsortes beantragen. Nach Einleitung des Amortisations-Verfahrens kann derselbe vom Acceptanten Zahlung fordern, wenn er bis zur Amortisation des Wechsels Sicherheit bestellt. Ohne eine solche Sicherheitsstellung ist er nur die Deposition der aus dem Accepte schuldigen Summe bei Gericht oder bei einer anderen zur Annahme von Depositen ermächtigten Behörde oder Anstalt zu fordern berechtigt.

Nach Einleitung des Amortisations-Verfahrens kann der Eigenthümer eines abhanden gekommenen Wechsels vom Acceptanten Zahlung fordern, wenn er bis zur Amortisation des Wechsels Sicherheit bestellt. Aber wann wird der Wechsel amortisirt werden? Nach Ablauf der Verjährungszeit, oder früher? Eine längere Erörterung hierüber bei der Leipziger Conferenz hat zu dem Ergebniß geführt, diesen Punkt den Landesgesetzgebungen und der richterlichen Bestimmung zu überlassen. (Prot. vom 17. Nov. 1847.) In Preußen und Nassau wird vor der eingetretenen Verjährung amortisirt, nicht in Frankfurt. v. Treitschke, Encyclopädie II. S. 605.

Art. 74. Der nach den Bestimmungen des Art. 36 legitimirte Besitzer eines Wechsels kann nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Vergl. die Bemerk. zu Art. 36.

XII. Falsche Wechsel.

Art. 75. Auch wenn die Unterschrift des Ausstellers eines Wechsels falsch oder verfälscht ist, behalten dennoch das ächte Accept und die ächten Indossamente die wechselmäßige Wirkung.

Art. 76. Aus einem mit einem falschen oder verfälschten Accepte oder Indossamente versehenen Wechsel bleiben sämmtliche Indossanten und der Aussteller, deren Unterschriften ächt sind, wechselmäßig verpflichtet.

Ueber den Art. 76 ist in den Motiven des ersten Entwurfes bemerkt: „Es ist nicht möglich, allen Krümmungen der Arglist und allen Ver-

wicklungen, welche die Sorglosigkeit veranlassen kann, vorzusehen. Der Versuch würde immer unvollständig bleiben, dagegen ist damit die Gefahr verbunden, daß eben die Bestimmungen, welche Betrügereien zuvorkommen sollen, schlechten Schuldnern bei wohlbegründeten Forderungen zu Chikanen Veranlassung geben. Es scheint daher angemessener, diesen Gegenstand der Judicatur zu überlassen. — Welchen Einfluß die mala fides hat, welche ohnedem im Wechselprozeß nicht füglich ermittelt werden kann, wird der Richter schon beurtheilen"!!

Ueber die Frage: ob das irrthümlich gegebene Accept eines falschen Wechsels verpflichten solle, wird gesagt: „Es kommt darauf an, wer den Schaden tragen soll, der getäuschte Inhaber, oder der getäuschte Acceptant? Er wird mit Recht dem Letzteren zugewendet. Wer einen Wechsel erwirbt, ist selten im Stande, die Aechtheit der Unterschrift des Ausstellers zu prüfen. Der Bezogene dagegen soll und kann die Unterschrift des Ausstellers prüfen und nach Umständen den Avis abwarten".

XIII. Wechselverjährung.

Art. 77. Der wechselmäßige Anspruch gegen den Acceptanten verjährt in drei Jahren vom Verfalltage des Wechsels an gerechnet.

Art. 78. Die Regreßansprüche des Inhabers (Art. 50) gegen den Aussteller und die übrigen Vormänner verjähren:

1) in drei Monaten, wenn der Wechsel in Europa, mit Ausnahme von Island und den Faröern, zahlbar war;
2) in sechs Monaten, wenn der Wechsel in den Küstenländern von Asien und Afrika längs des mittelländischen und schwarzen Meeres, oder in den dazu gehörigen Inseln dieser Meere zahlbar war;
3) in achtzehn Monaten, wenn der Wechsel in einem anderen außereuropäischen Lande oder in Island oder den Faröern zahlbar war.

Die Verjährung beginnt gegen den Inhaber mit dem Tage des erhobenen Protestes.

Art. 79. Die Regreßansprüche des Indossanten (Art. 51) gegen den Aussteller und die übrigen Vormänner verjähren:

1) in 3 Monaten, wenn der Regreßnehmer in Europa, mit Ausnahme von Island und den Faröern, wohnt;
2) in 6 Monaten, wenn der Regreßnehmer in den Küstenländern von Asien und Afrika längs des mittelländischen und schwarzen Meeres, oder in den dazu gehörigen Inseln dieser Meere wohnt;

3) in 18 Monaten, wenn der Regreßnehmer in einem anderen außereuropäischen Lande oder in Island oder den Faröern wohnt.

Gegen den Indossanten läuft die Frist, wenn er, ehe eine Wechselklage gegen ihn angestellt worden, gezahlt hat, vom Tage der Zahlung, in allen übrigen Fällen aber vom Tage der ihm geschehenen Behändigung der Klage oder Ladung.

Art. 80. Die Verjährung (Art. 77—79) wird nur durch Behändigung der Klage unterbrochen und nur in Beziehung auf denjenigen, gegen welchen die Klage gerichtet ist.

Jedoch vertritt in dieser Hinsicht die von dem Verklagten geschehene Streitverkündigung die Stelle der Klage.

Es ist in diesen Artt. überall nur von der Verjährung wechselmäßiger Ansprüche gegen den Acceptanten (Art. 77), von Regreß-Ansprüchen des Inhabers (Art. 78) oder des Indossanten (Art. 79) die Rede. Andere Ansprüche werden dabei nicht berührt, bestehen also auch nach dieser Wechselverjährung fort, z. B. wegen Bereicherung zum Schaden des Inhabers (Art. 83). In dieser Beziehung hat die Leipziger Conferenz die Ansicht getheilt, welche sich in der Frankfurter Verordnung vom 4. Sept. 1798 ausgesprochen findet, daß nämlich eine solche Klage wegen Bereicherung zum Nachtheil des Inhabers nur gegen den Aussteller und Acceptanten, nicht gegen die Indossanten angestellt werden könne (Art. 83 Prot. der Leipz. Conf. vom 23. Nov. 1847).

Die hier bestimmten Verjährungsfristen sind vollkommen ausreichend. Denn die Verjährung beginnt gegen den Acceptanten erst drei Jahre vom Verfalltag des Wechsels an, gegen den Inhaber mit dem Tag des von ihm erhobenen Protestes, gegen den Indossanten mit dem Tag, wo er einen Regreß durch Zahlung geleistet hat, oder seinerseits verklagt worden ist.

XIV. Klagerecht des Wechselgläubigers.

Art. 81. Die wechselmäßige Verpflichtung trifft den Aussteller, Acceptanten und Indossanten des Wechsels, so wie einen Jeden, welcher den Wechsel, die Wechselcopie, das Accept oder das Indossament mitunterzeichnet hat, selbst dann, wenn er sich dabei nur als Bürge (per aval) benannt hat.

Die Verpflichtung dieser Personen erstreckt sich auf Alles, was der Wechselinhaber wegen Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit zu fordern hat.

Der Wechselinhaber kann sich wegen seiner ganzen Forderung an den Einzelnen halten; es steht in seiner Wahl, welchen Wechselverpflichteten er zuerst in Anspruch nehmen will.

Durch die Bestimmung des Art. 81 ist das beneficium excussionis und divisionis ausgeschlossen (Prot. der Leipz. Conf. vom 17. Nov. 1847).

Art. 82. Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen.

Des Erfordernisses aller Einreden im Wechselprozeß, nämlich der Liquidität, geschieht hier keine Erwähnung. Im Allgemeinen versteht sich dieses Erforderniß freilich eben so, wie im Mandats-Prozeß, von selbst. Allein die Fragen der Nichtliquidität sind in den verschiedenen Prozeßordnungen verschieden bestimmt. Nach der Frankfurter Gerichtsordnung vom 30. Dezbr. 1819 Art. 91 dahin, daß nur die Hinterlegung des Wechselbetrags im Falle einer illiquiden Einrede gefordert werden kann, vorausgesetzt, daß die Einrede gegen den Wechselkläger selbst gerichtet ist, mit andern Worten, daß sie nicht aus der Verbindlichkeit eines seiner Vormänner hergeleitet wird.

Art. 83. Ist die wechselmäßige Verbindlichkeit des Ausstellers oder des Acceptanten durch Verjährung oder dadurch, daß die zur Erhaltung des Wechselrechts gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen verabsäumt sind, erloschen, so bleiben dieselben dem Inhaber des Wechsels nur so weit, als sie sich mit dessen Schaden bereichern würden, verpflichtet.

Gegen die Indossanten, deren wechselmäßige Verbindlichkeit erloschen ist, findet ein solcher Anspruch nicht Statt.

Vergl. die Frankfurter Verordn. vom 4. Sept. 1798 und das Prot. der Leipz. Conf. vom 17. Nov. 1847.

XV. Ausländische Gesetzgebung.

Art. 84. Die Fähigkeit eines Ausländers, wechselmäßige Verpflichtungen zu übernehmen, wird nach den Gesetzen des Staates beurtheilt, welchem derselbe angehört. Jedoch wird ein nach den Gesetzen seines Vaterlandes nicht wechselfähiger Ausländer durch Uebernahme von Wechselverbindlichkeiten im Inlande verpflichtet, in sofern er nach den Gesetzen des Inlandes wechselfähig ist.

Art. 85. Die wesentlichen Erfordernisse eines im Auslande ausgestellten Wechsels, so wie jeder anderen im Auslande ausge-

stellten Wechselerklärung werden nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt, an welchem die Erklärung erfolgt ist.

Entsprechen jedoch die im Auslande geschehenen Wechselerklärungen den Anforderungen des inländischen Gesetzes, so kann daraus, daß sie nach ausländischen Gesetzen mangelhaft sind, kein Einwand gegen die Rechtsverbindlichkeit der später im Inlande auf den Wechsel gesetzten Erklärungen entnommen werden.

Ebenso haben Wechselerklärungen, wodurch sich ein Inländer einem anderen Inländer im Auslande verpflichtet, Wechselkraft, wenn sie auch nur den Anforderungen der inländischen Gesetzgebung entsprechen.

Art. 86. Ueber die Form der mit einem Wechsel an einem ausländischen Platze zur Ausübung oder Erhaltung des Wechselrechts vorzunehmenden Handlungen entscheidet das dort geltende Recht.

Die Grundsätze, welche in diesen Artt. niedergelegt sind, konnten auch anders bestimmt werden, je nach dem Standpunkt, von welchem man ausging.

Wie verhält es sich mit den Zeitbestimmungen, die im Ausland für eine Wechselerklärung, oder für eine den Wechsel-Regreß bedingende Handlung gegeben sind (Art. 85. 86)? Müssen diese, oder müssen die hierfür nach unseren Gesetzen gegebenen Vorschriften beobachtet sein, wenn hier ein Regreß genommen wird? — Nach Analogie unserer Wechsel-Ordnung muß man es für genügend erachten, wenn der auswärtige Inhaber in der gedachten Beziehung thut, was ihm die Gesetze vorschrieben, wo er die Erklärung abzugeben, oder die Handlung vorzunehmen hat. (In S. Robert gegen Chiron Sarasin 1848 kam diese Frage in Betreff der Zeit der Nachrichtgebung, ob nämlich der Art. 165 des Code de c., oder ob die Frankf. W.O. hinsichtlich des hiesigen verklagten Indossanten zu beobachten gewesen? zur Sprache; sie wurde aber nicht entschieden.) Vgl. Seuffert, Archiv II. S. 2, wonach drei Instanzen entschieden haben, daß in Hinsicht auf Protesterhebung der Inhaber eines Wechsels die Gesetze des Zahlungsortes, nicht des Ortes, wohin Regreß genommen wird, zu beobachten habe. Freilich die Nachricht ist gerade für den Regreßpflichtigen bestimmt; die Gesetze seines Domizils bedingen den Regreß durch die zeitig gegebene Nachricht der nicht geleisteten Zahlung! Also ist die Frage nicht identisch mit der Frage wegen der Form und Zeit des Protestes. Ueber solche Punkte sollte ein völkerrechtliches Wechselrecht entscheiden.

XVI. Protest.

Art. 87. Jeder Protest muß durch einen Notar oder einen Gerichtsbeamten aufgenommen werden.

Der Zuziehung von Zeugen oder eines Protokollführers bedarf es dabei nicht.

Art. 88. Der Protest muß enthalten:

1) eine wörtliche Abschrift des Wechsels oder der Copie und aller darauf befindlichen Indossamente und Bemerkungen;
2) den Namen oder die Firma der Personen, für welche und gegen welche der Protest erhoben wird;
3) das an die Person, gegen welche protestirt wird, gestellte Begehren, ihre Antwort oder die Bemerkung, daß sie keine gegeben habe oder nicht anzutreffen gewesen sei;
4) die Angabe des Ortes, so wie des Kalendertages, Monats und Jahres, an welchem die Aufforderung (Nr. 3) geschehen oder ohne Erfolg versucht worden ist;
5) im Falle einer Ehrenannahme oder einer Ehrenzahlung die Erwähnung, von wem, für wen und wie sie angeboten und geleistet wird;
6) die Unterschrift des Notars oder Gerichtsbeamten, welcher den Protest aufgenommen hat, mit Beifügung des Amtssiegels.

Art. 89. Muß eine wechselrechtliche Leistung von mehreren Personen verlangt werden, so ist über die mehrfache Aufforderung nur eine Protesturkunde erforderlich.

Art. 90. Die Notare und Gerichtsbeamten sind schuldig, die von ihnen aufgenommenen Proteste nach deren ganzem Inhalte Tag für Tag und nach Ordnung des Datums in ein besonderes Register einzutragen, das von Blatt zu Blatt mit fortlaufenden Zahlen versehen ist.

XVII. Ort und Zeit für Präsentation und andere im Wechselverkehre vorkommende Handlungen.

Art. 91. Die Präsentation zur Annahme oder Zahlung, die Protesterhebung, die Abforderung eines Wechsel-Duplikats, so wie alle sonstigen bei einer bestimmten Person vorzunehmenden Acte müssen in deren Geschäftslokal und in Ermangelung eines solchen, in deren Wohnung vorgenommen werden. An einem anderen Orte,

z. B. an der Börse, kann dieß nur mit beiderseitigem Einverständnisse geschehen.

Daß das Geschäftslokal oder die Wohnung nicht zu ermitteln sei, ist erst alsdann als festgestellt anzunehmen, wenn auch eine dieserhalb bei der Polizeibehörde des Orts geschehene Nachfrage des Notars oder des Gerichtsbeamten fruchtlos geblieben ist, welches im Proteste bemerkt werden muß.

Art. 92. Verfällt der Wechsel an einem Sonntage oder allgemeinen Feiertage, so ist der nächste Werktag der Zahlungstag. Auch die Herausgabe eines Wechsel-Duplikats, die Erklärung über die Annahme, so wie jede andere Handlung, können nur an einem Werktage gefordert werden. Fällt der Zeitpunkt, in welchem die Vornahme einer der vorstehenden Handlungen spätestens gefordert werden mußte, auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so muß diese Handlung am nächsten Werktage gefordert werden.

Dieselbe Bestimmung findet auch auf die Protesterhebung Anwendung.

Art. 93. Bestehen an einem Wechselplatze allgemeine Zahltage (Cassirtage), so braucht die Zahlung eines zwischen den Zahltagen fällig gewordenen Wechsels erst am nächsten Zahltage geleistet zu werden, sofern nicht der Wechsel auf Sicht lautet.

Die im Art. 41 für die Aufnahme des Protestes Mangels Zahlung bestimmte Frist darf jedoch nicht überschritten werden.

Was die Zeit betrifft, die Stunde, zu welcher Protest erhoben werden kann, so ist hierüber nichts Näheres bestimmt worden, weil man diesen Punkt der Gesetzgebung mit Recht als einen lokalen betrachtet hat, worüber die üblichen Geschäftsstunden an jedem Ort zu entscheiden haben. Wo man z. B. um 1 Uhr das Mittagsmahl nimmt, besteht hierin ein anderes Bedürfniß, als wo solches um 5 Uhr geschieht. (Prot. der Leipz. Conf. vom 18. Nov. 1847.) Die Aufforderung zur Zahlung muß übrigens jedenfalls so zeitig vorgenommen und zugelassen werden, daß noch ein Protest im Falle der Verweigerung aufgenommen werden könne. (Durch Gesetz vom 22. April 1848 ist in Sachsen-Meiningen für die in Artt. 91 und 92 der W.O. genannten Handlungen die Zeit von 9 — 12 und 3 — 6 Uhr bestimmt.)

Unter allgemeinen Feiertagen sind die gesetzlich anerkannten Feiertage zu verstehen (K. Preuß. Einführungs-Entwurf §. 9. Frankf. Gesetz vom 12. Nov. 1844, §. 8, 3.).

Verfällt zu Hamburg ein in Banco zahlbarer Wechsel während der

Zeit des Bank-Schlusses, so ist der nächste Werktag, an dem die Bank wieder geöffnet ist, der Zahltag (Hamb. Zusatz-Verordn. §. 11).

Die Bestimmung wegen der sog. Kassier-Tage (Art. 93) ist auf Andringen von Bremen aufgenommen worden, ungeachtet man anfangs dagegen großes Bedenken trug. In Bremen bestehen wöchentlich mehrere Kassier-Tage, weßhalb der Abgeordnete für Bremen in der Leipziger Conferenz am 30. Nov. 1847 bemerkte: „die Verlegung der Verfalltage der Wechsel auf den nächsten Zahltag, wenn dieß nicht der Verfalltag selbst sei, müsse immer die Folge haben, daß der Protest rechtzeitig innerhalb der bewilligten Protesttage erhoben werden könne" (vergl. Art. 41). Angenommen — die Kassiertage wären Mittwoch und Sonnabend, so würde also nach Art. 93 der Mittwoch fällige Wechsel am Mittwoch, der Donnerstag fällige Wechsel erst am Sonnabend gezahlt und dieser letztere Wechsel würde an demselben Tage protestirt werden müssen. Denn nach Art. 41 muß der Protest spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage geschehen. Der eigentliche Zahlungstag eines solchen Wechsels ist aber Donnerstag, mithin muß spätestens Sonnabend (spätestens am zweiten Werktage nachher) protestirt werden, wie der Art. 93 am Schluß ausdrücklich sagt: „die im Art. 41 für die Aufnahme des Protestes N. 3. bestimmte Frist darf jedoch nicht überschritten werden." — Es ist diese Stelle, in Verbindung mit der angeführten protokollarischen Erklärung und der dortselbst enthaltenen Bemerkung, daß Orte, wo nur ein Kassirtag sey, z. B. Augsburg, aus der Vorschrift des Art. 93 keinen Vortheil ziehen würden, nicht anders zu verstehen. Der Fassung nach könnte man sonst annehmen, daß erst nach dem Kassirtag die Frist zur Aufnahme der Proteste nicht überschritten werden dürfe, also in dem gegebenen Fall noch bis zum Dienstag offen sei.

XVIII. Mangelhafte Unterschriften.

Art. 94. Wechselerklärungen, welche statt des Namens mit Kreuzen oder anderen Zeichen vollzogen sind, haben nur dann, wenn diese Zeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt werden, Wechselkraft.

Art. 95. Wer eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines Anderen unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht ertheilt gewesen wäre.

Dasselbe gilt von Vormündern und anderen Vertretern, welche mit Ueberschreitung ihrer Befugnisse Wechselerklärungen ausstellen.

Dritter Abschnitt. Von eigenen Wechseln.

Art. 96. Die wesentlichen Erfordernisse eines eigenen (trockenen) Wechsels sind:

1) die in den Wechsel selbst aufzunehmende Bezeichnung als Wechsel, oder, wenn der Wechsel in einer fremden Sprache ausgestellt ist, ein jener Bezeichnung entsprechender Ausdruck in der fremden Sprache;
2) die Angabe der zu zahlenden Geldsumme;
3) der Name der Person oder die Firma, an welche oder an deren Ordre der Aussteller Zahlung leisten will;
4) die Bestimmung der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll (Art. 4 Nro. 4);
5) die Unterschrift des Ausstellers mit seinem Namen oder seiner Firma;
6) die Angabe des Orts, Monatstages und Jahres der Ausstellung.

Art. 97. Der Ort der Ausstellung gilt für den eigenen Wechsel, in sofern nicht ein besonderer Zahlungsort angegeben ist, als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Ausstellers.

Durch die Bestimmungen der Artt. 96 und 97, in Verbindung mit Art. 6, sind die sog. trassirt eigenen Wechsel in einem gewißen Betracht ausgeschlossen, „nämlich sofern die Zahlung nicht an einem anderen Orte, als dem der Ausstellung, geschehen soll." — Nur mit dieser Beschränkung sind solche Wechsel im Art. 6 zugelassen und hier (Art. 96. 97) wird ihrer gar nicht mehr erwähnt. (Vgl. das Leipziger Conf. Prot. vom 22. Nov. 1847.)

Die wesentlichen Erfordernisse eines eigenen Wechsels sind genau dieselben, wie diejenigen eines trassirten Wechsels (Art. 4), nur daß begreiflich eines Trassaten nicht erwähnt wird (Art. 4. 7), und daß die Angabe des Orts, wo die Zahlung geschehen soll (Art. 4. 8) nicht erfordert wird, wofür nach Art. 97 der Ausstellungsort gelten soll, insofern nicht ein besonderer Zahlungsort angegeben ist.

In Hinsicht auf die in dem Wechsel erforderte Bestimmung der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, wird lediglich auf den Art. 4 Nr. 4 verwiesen, und damit werden die eigenen Wechsel auf Kündigung ausgeschlossen, hauptsächlich weil eine solche Kündigung, namentlich wenn sie nicht auf dem Wechsel geschehen, und dieser durch Indossament in dritte Hand gekommen wäre, Schwierigkeiten hervorrufen durfte. (Vergl. das Prot. vom 22. Novbr. 1847.)

Art. 98. Nachstehende, in diesem Gesetze für gezogene Wechsel gegebene Vorschriften gelten auch für eigene Wechsel:

1) die Art. 5 und 7 über die Form des Wechsels;

2) die Art. 9—17 über das Indossament;
3) die Art. 19 und 20 über die Präsentation der Wechsel auf eine Zeit nach Sicht mit der Maßgabe, daß die Präsentation dem Aussteller geschehen muß;
4) der Art. 29 über den Sicherheitsregreß mit der Maßgabe, daß derselbe im Falle der Unsicherheit des Ausstellers stattfindet;
5) die Art. 30—40 über die Zahlung und die Befugniß zur Deposition des fälligen Wechselbetrages mit der Maßgabe, daß letztere durch den Aussteller geschehen kann;
6) die Art. 41 und 42, so wie die Art. 45—55 über den Regreß Mangels Zahlung gegen die Indossanten;
7) die Art. 62—65 über die Ehrenzahlung;
8) die Art. 70—72 über die Copieen;
9) die Art. 73—76 über abhanden gekommene und falsche Wechsel mit der Maßgabe, daß im Falle des Art. 73 die Zahlung durch den Aussteller erfolgen muß;
10) die Art. 78—96 über die allgemeinen Grundsätze der Wechselverjährung, die Verjährung der Regreßansprüche gegen die Indossanten, das Klagerecht des Wechselgläubigers, die ausländischen Wechselgesetze, den Protest, den Ort und die Zeit für die Präsentation und andere im Wechselverkehre vorkommende Handlungen, so wie über mangelhafte Unterschriften.

Art. 99. Eigene domicilirte Wechsel sind dem Domiciliaten oder wenn ein solcher nicht benannt ist, dem Aussteller selbst an demjenigen Orte, wohin der Wechsel domicilirt ist, zur Zahlung zu präsentiren und, wenn die Zahlung unterbleibt, dort zu protestiren. Wird die rechtzeitige Protesterhebung beim Domiciliaten verabsäumt, so geht dadurch der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller und die Indossanten verloren.

Art. 100. Der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller eines eigenen Wechsels verjährt in drei Jahren vom Verfalltage des Wechsels an gerechnet.

Frankfurt, den 26. November 1848.

Der Reichsverweser
Erzherzog Johann.
Der Reichsminister der Justiz
R. Mohl.

XIII.

Beitrag zu einem allgemeinen Gesetzbuch des deutschen Privatrechts.

Von

D. V. Platner,

Privatdocenten zu Marburg.

Der Wunsch nach einem allgemeinen deutschen Gesetzbuch, dessen Verfertigung schon Kaiser Maximilian beabsichtigt haben soll [1]), ist jetzt in raschen Schritten seiner Erfüllung näher gekommen; das Streben nach deutscher Rechtseinheit [2]), nach einer unserer Nationalität entsprechenden Gesetzgebung [3]) hat immer mehr Raum gewonnen, und seine Verwirklichung liegt nicht mehr, wie manche früher glaubten, in weiter Ferne [4]). Nicht allein eine materielle Gleichheit des deutschen Rechts, welche niemals ganz geläugnet wurde [5]), wird eintreten, sondern auch eine formelle, deren Ausführung vor noch nicht langer Zeit für illusorisch galt [6]), steht zu erwarten, so daß die Zerrissenheit unseres einheimischen Rechts, welche dasselbe seit Jahrhunderten entstellte [7]), endlich verschwinden wird.

---

1) Unger, über die gleichartige Entwickelung des römischen und deutschen Rechts, in der Zeitschrift für deutsches Recht von Reyscher und Wilda, Bd. VII. Nr. VI. S. 117.

2) Archiv für die neueste Gesetzgebung aller deutschen Staaten von Müller, Bd. I. Vorerinnerung S. 4.

3) Reyscher, für und wider das deutsche Recht, in der Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. VII. Nr. VII. S. 122.

4) Bitzer, Gegenwart und Zukunft des deutschen Rechts, in der Zeitschrift für deutsches Recht Nr. XIV. S. 497.

5) Reyscher, Dasein und Natur des deutschen Rechts, in der Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. I. Nr. I. S. 19. 26.

6) Bitzer a. a. O. S. 498.

7) Reyscher a. a. O. S. 26.

Nach so langem Harren und nach so oft getäuschten Erwartungen, nach so vielen und so häufig wechselnden Schwankungen zwischen dem alten, angeborenen, ursprünglich deutschen und dem fremden und nun deutschen Recht, nach so zahlreichen und nachhaltigen Kämpfen zwischen den lokalen, singulären Rechtsinstituten und den allgemein gültigen Rechtslehren, zwischen der unabhängigen Autonomie und dem bindenden Gesetz, nach so häufigem und jähem Kontrast zwischen der Rechtsregel und der Rechtsanwendung, zwischen dem todten Buchstaben und dem lebendigen Geist des Gesetzes, der abstrakten Wissenschaft und dem concreten Leben, dem bloßen Juristen- und Beamtenrecht und dem Volks- und Gemeinderecht scheint jener großartige Zeit- und umgestaltende Wendepunkt gekommen zu sein, wo die Forderung eines allgemeinen nationalen Gesetzbuchs in dem Geiste des Volks sicher und unverrückt feststeht, wo das Streben nach einem durchgängig deutschen Recht nicht blos innerlich in den Herzen des Volks schlummert, sondern durch ein frisches und urkräftiges Rechtsleben des germanischen Geistes aus seinen Grundtiefen heraus sich zu offenbaren trachtet, wo die tiefe ernste Sehnsucht nach deutscher Rechtseinheit durch naturwüchsiges Zusammenwachsen der verschiedenen in Deutschland vorhandenen Rechtskörper befriedigt wird. Der Gedanke an ein gemeinsames Nationalrecht zeigt sich nicht etwa wie die Erinnerung an eine längst verschollene Sage aus der dahin geschwundenen großartigen Vergangenheit unserer Vorfahren, nicht als ein schwaches Aufflackern und Aufsprühen der verlöschenden Flammen des Nationalgeistes, sondern als eine Idee, welche dem neu erstarkten und jugendlich gekräftigten Volksleben entsprossen, mit unserer Existenz als einer einigen Nation verwachsen, durch viele innere und äußere Kämpfe erprobt, in einer großartigen Gegenwart, und hoffentlich in einer noch großartigern Zukunft durchgeführt und verkörpert wird.

Nicht mehr brauchen wir wohl zu fürchten, daß eine Beschränkung des ehrenhaften, so mächtig und stark gewordenen Gemeinsinns, daß eine Unterdrückung des nationalen Rechts, welche eine Versündigung an der Wissenschaft und an der Nation zugleich wäre, eintrete [1]), und daß die deutschen Regierungen diese Sache, wie frü-

1) Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts von Gebrüder Sell, Bd. I. S. 9. Reyscher, für

her so manche andere wichtige Staatsangelegenheit, nachläßig betrieben [1]); denn nicht blos in den rein gelehrten Schriften und Journalen der Gelehrtenzunft, nicht blos in den akademischen Hörsälen vom Katheder herab, nicht blos hinter den Schranken der Gerichtsstube, nicht blos in den Versammlungen der gelehrten Germanisten, sondern auch in den deutschen Ständeversammlungen von der Rednertribüne herab, in der neu auferstandenen Reichsversammlung, in den freien Volksversammlungen erschallt der laute Ruf nach deutscher Rechtseinheit.

Die Wahrheit der früheren Prophezeiung Thibaut's: daß wir künftig vielleicht für die Abfassung eines neuen Gesetzbuchs fähiger würden [2]), und die Richtigkeit des Ausspruchs von Savigny Niemand könne wissen, wieviel Besseres die Zukunft bringe [3]), hat bereits unsere Gegenwart bewiesen, und wird es, wenn der Aufschwung unserer Nationalität kein leeres Schaugepräge, kein gekünsteltes Machwerk ist, in einem noch höheren Grade beweisen. Auch ist der Wunsch von Jaup aus dem Jahre 1846 [4]), daß wenigstens alle constitutionellen deutschen Staaten sich zu einem gemeinsamen Gesetzbuch vereinigen sollten, jetzt, da alle deutsche Staaten constitutionell sind, und alle sich zur Errichtung eines gemeinsamen Bundesstaats, also auch einer gemeinsamen Gesetzgebung vereinigt haben, über Erwarten erfüllt. Aus einer solchen großen Vereinigung folgt auch, daß wenn der Ausspruch von Fischer: eine Reform in der Rechtswissenschaft sei nur dann möglich, wenn die Regierungen eines möglichst großen Gebiets sich zur gemeinsamen Ausführung eines neuen Rechtswesens verstehen [5]), wahr ist, unsere Rechtswis-

---

und wider das deutsche Recht, in der Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. V. Nr. VII. S. 141.

1) Thibaut, in den Heidelberger Jahrbüchern 1814 S. 938.

2) Thibaut, civilistische Abhandlungen, Abhandl. 19 über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland S. 466.

3) Savigny, vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft S. 51.

4) Jaup, in den Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt 1846 S. 108. Siehe auch v. Wydenbrugk, Briefe über deutsche National-Gesetzgebung Jena 1848. S. 14. 36. 37.

5) K. W. Fischer, Obergerichtsanwalt in Birkenfeld, über die Re-

senschaft bedeutende Veränderung erleiden wird. Unsere Zeit wird und muß dann zeigen, ob die jetzigen Aussprüche mancher neueren Schriftsteller: unsere Zeit sei fähig, ein gutes gemeinsames Gesetzbuch hervorzubringen [1]), und die einzelnen Staaten sollten deßhalb für sich kein besonderes Gesetzbuch entwerfen [2]), sich bestätigen, oder ob nach einer andern Ansicht [3]) die einzelnen Staaten besser handeln, wenn sie jetzt noch für sich Gesetzbücher verfertigen. Nicht mehr hat jetzt allein die Wissenschaft [4]), sondern auch eine gesetzgebende über ganz Deutschland herrschende Macht die Aufgabe, das deutsche und römische Recht zu einer organischen Rechtseinheit zu vereinigen. Bei dieser Aussicht verliert auch der frühere trostlose Ausruf v. Struve's [5]) seine Bedeutung: „besser als der jetzige Zustand wäre es, wir wählten aus tausend Gesetzgebungen eine heraus, und geben sie ganz Deutschland!"

In Vergleich mit denjenigen Verhältnissen, welche nach der Befreiung Deutschlands den heftigen Kampf zwischen den Vertheidigern eines allgemeinen deutschen Gesetzbuches und seinen Gegnern hervorriefen, erscheinen die jetzigen weit günstiger für die Ausführung eines solchen Werks. Denn der Satz, welchen damals Thibaut in seinem, mit so warmer Vaterlandsliebe geschriebenen Aufsatz, „über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für

---

formfrage im Archiv für civilistische Praxis, Bd. XXXI. 1 Heft Nr. II. S. 51.

1) G. F. Held (Oberappellationsrath) über deutsche Nationalgesetzgebung, ein Wort an alle deutsche Regierungen S. 24. 25. O. v. Wydenbrugk, Briefe über deutsche Nationalgesetzgebung S. 32.

2) v. Wydenbrugk a. a. O. S. 38. 40.

3) Leipziger Repertorium für Litteratur 25. Hft.

4) Reyscher, für und wider das deutsche Recht, Bd. VII. Nr. VII. S. 123 der Zeitschr. für deutsch. Recht. Bitzer a. a. O. S. 502. Mittermaier, über die nothwendigen Vorarbeiten zur Verwirklichung einer allgemeinen deutschen Gesetzebung, mit besonderer Beziehung auf die Bearbeitung eines allgemeinen Gesetzes über eheliche Güterrechte, im Archiv für civil. Praxis, Bd. XXXI. Hft. I. S. 127.

5) G. v. Struve, die Phrenologie und ihr Einfluß auf das Recht, in der Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. VIII. Nr. VII. S. 196.

Deutschland" aussprach [1]), daß Deutschland nach wie vor den Vortheilen einer unbedingten Einheit zu entsagen habe, und sich fort und fort in eine Reihe blos äußerlich verbundener Staaten auflösen werde, hat sich, Dank der lebendigen Begeisterung für unsere Nationalität! nicht bestätigt. Dagegen ist sein sehnlicher Wunsch: es möchte für die bürgerliche Gesetzgebung eine Zeit kommen, wo ein warmer Hauch wehe, um das Erstarrte aufzulösen, und Alles in's Leben zu rufen, was unter den Händen der gewöhnlichen Staatskünstler, wie eine todte Masse auf den heiligsten Verhältnissen der Bürger lastet [2]), auf eine Weise erfüllt, welche selbst die kühnsten Erwartungen übertrifft, und welche er leider selbst nicht mehr erlebte. Zugleich sind die Schranken für den geistigen Verkehr jetzt überall hinweggefallen. Denn selbst Oestreich hat ja der freien Wissenschaft ein freies, nicht durch Censur, noch durch Bücherzwang beengtes Feld eingeräumt; ein jeder kann nun dort den geistigen Strömungen, welche sich von dem übrigen Deutschland aus ergießen, folgen und sie in sich aufnehmen, ein jeder hat nun die Freiheit, von dem höheren, wissenschaftlichen Geist, welcher auch aus den nicht östreichischen Schriften weht, durchdrungen, seine Begeisterung laut zu äußern und sie zu verbreiten, der Einzelne braucht nun nicht mehr, wie ein drückendes schweres Geheimniß sein Bewußtsein von einem gemeinsamen deutschen Volks- und Rechtsleben zu verbergen.

Die Möglichkeit, ein allgemeines volksthümliches deutsches Gesetzbuch auszuführen, wird auch durch den Sturz der Büreaukratie, welche Thibaut beim Entwurf eines solchen Werkes so sehr fürchtete [3]), sehr erleichtert und befördert. Denn die Büreaukraten waren ja diejenigen, welche das Recht gleichsam wie ein Geheimniß betrachteten, das sie nur allein zu verstehen und zu würdigen im Stande wären. Sie hielten sich gleichsam für Priester des Rechts, welche aus ihren geheimnißvollen Akten heraus, von ihren hohen Sesseln herab Urtheile oft dem Volke, wie Worte des Orakels, fremd und unverständlich in ernster Gravität verkündigten. Da die Inhaber dieser Beamtenherrschaft in dem Glauben, eine höhere Kaste zu sein, sich oft dem Verkehre mit dem Volke entzogen, so werden

---

1) Thibaut a. a. O. S. 407.

2) Daselbst S. 410.

3) Das. S. 439. 449.

sie jetzt, wenn sie bei dieser Meinung verharren, und sich nicht als Glieder eines großen allgemeinen Ganzen fühlen, von dem Strome der Zeit bei Seite geworfen, oder sie nehmen, indem sie die Schranken, welche früher wie ein Panzer um ihre Person sich schloßen, durchbrechen, Theil an den einheitlichen Bestrebungen, und widmen ihre Talente und Kenntnisse der Verbesserung des Volkes, der Verherrlichung Deutschlands nach innen und nach außen.

Auch scheint jetzt jener hartnäckige Kampf zwischen der früheren philosophischen und historischen, der späteren romanistischen und germanistischen Schule zum Abschluß gekommen zu sein, und zu einer innigen Versöhnung der verschiedenen Rechtselemente zu führen. Die historische und philosophische Auffassung des Rechts haben sich gegenseitig durchdrungen; die philosophische besteht nicht mehr ohne historische Forschung, ohne Anerkennung der besonderen Nationalität der einzelnen Völker, die historische ist nicht mehr ohne philosophische Auffassung der Rechtsinstitute, nicht mehr ohne Verkennung der allgemeinen, ewigen bei einem jeden Volk vorhandenen Grundsätze des Rechts. Zwar werden natürlich die Anhänger der verschiedenen Partheien, die Romanisten und Germanisten nicht aufhören sich in einer gewißen Weise gegenüberzustehen, und ihre Ansichten im Leben und in der Wissenschaft geltend zu machen suchen, aber das tiefe Bewußtsein einer gemeinsamen Nationalität, das eifrige Streben nach der Einigung und Stärkung Deutschlands wird sie vor einer wahren feindseligen Spaltung, vor einer wahrhaften Verkennung der nationalen Rechtselemente bewahren. Und wenn Savigny davor warnt [1]), daß in diesem Streit der Partheien nicht Kräfte verschwendet werden, die in dem gemeinsamen Zwecke der Wissenschaft heilsamer verwendet werden könnten, so müssen sich jetzt, da unsere Rechtswissenschaft eine nationale werden soll, alle Kräfte auf eine solche richten.

Zu einer leichteren Durchführung eines allgemeinen Gesetzbuchs trägt wesentlich bei, daß seit Thibaut's bekanntem Aufsatz die bei uns vorhandenen Rechtsinstitute sowohl nach ihrer historischen Entwickelung als nach ihrer jetzigen Bedeutung, sowohl nach ihrem materiellen Inhalt als nach ihrer Idee, sowohl in ihrem Zusammenhang mit der gesammten Rechtswissenschaft, als in ihrer Verbindung

1) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Vorrede S. 16.

mit dem besonderen Volkscharakter gründlich und scharf dargestellt worden sind. Vor allem hat man über viele Gegenstände des römischen Rechts ein sicheres und klares Verständniß durch eine reiche Anzahl von Schriften erlangt [1]), Schriften, in welchen nicht allein eine durchsichtige Klarheit der Sprache und eine harmonische verständliche Satz- und Periodenbildung, welche die Verfasser von den klassischen römischen Rechtsgelehrten als ihrem Muster abgelernt und abgelauscht zu haben scheinen, sondern auch der den Römern angeborene Sinn für die innige organische Verknüpfung der einzelnen Rechtsfälle mit den allgemeinen Rechtsprincipien herrscht.

Zugleich sind durch die geistvolleren Bearbeitungen der römischen Rechtsgeschichte die Rechtsinstitute in ihrem tiefen Zusammenhang mit den gesammten Sitten und dem Schicksale der Nation als ein Spiegel des Nationalcharakters mit seinen verschiedenen Schattirungen bestimmter erkannt worden. Auch wird ein ziemlich bedeutender Theil der römischen Rechtsgrundsätze, welche beim Zusammenstoß der Römer mit andern Völkern ihre reine, streng römische Färbung verloren, und nach Durchbruch der schroffen und starren Schranken des ursprünglichen Nationalcharakters die Rechtsansichten anderer Völker in sich aufnahmen, selbst von strengen Germanisten für geeignet erklärt, ihre einmal in Deutschland errungene Gültigkeit fortzubehaupten.

Wie wir bereits in der Poesie, in der bildenden Kunst durch innige Verschmelzung der Errungenschaften des Alterthums mit unseren ursprünglichen deutschen Anschauungen und Richtungen eine sehr hohe Stufe der Bildung erlangt haben, so werden wir jetzt auch auf dem Rechtsgebiete durch eine organische Verbindung von römischen und germanischen Rechtselementen einen neuen und stolzen Aufbau unserer Nationalität gründen [2]).

Ist nun einmal das Alterthum in Kunst und Wissenschaft mit unserem Dasein verwachsen, so steht das Alterthum nicht mehr als solches der modernen Welt gegenüber, sondern bildet von da an nur ein einzelnes, wenn auch sehr bedeutendes Glied für die Fortentwickelung der heutigen Nationen, vor allen der deutschen. Wenn daher einmal durch Verbindung des römischen Rechts mit dem deutschen

---

1) Savigny a. a. O. S. 22.

2) Vergleiche auch v. Wydenbrugk a. a. O. S. 30.

eine Art von Specifikation mit dem römischen vorgenommen ist, so kann dieses nicht mehr als ein besonderes Erzeugniß des römischen Nationalgeistes, als ein Eigenthum des römischen Volks dem deutschen Recht gegenüber stehen. Das römische muß von da an als ein Theil unseres Rechts an dessen zukünftiger Entwickelung vollständig theilnehmen, und kann nicht mehr nach seinen früheren Grundsätzen beurtheilt werden [1]).

Während auf diese Weise das römische Recht nach allen Seiten hin gefördert wurde, blieb auch unser einheimisches, von Geburt aus deutsches Recht nicht stille stehen, sondern entwickelte im Volke und in der Wissenschaft ein neues und schöpferisches Leben. Freilich bleibt noch vieles zu thun übrig, denn gar Manches bedarf noch, wie z. B. die Volksgewohnheiten [2]), einer reichen, sorgfältigen Pflege, um die Bedeutung, welche von Natur aus in ihnen liegt, für die jetzige Rechtsbildung zu erlangen. Zwar entstand mit dem regen Aufblühen des deutschen Rechtsgeistes das Streben, die in ihrer ursprünglichen Reinheit erhaltenen Sprossen des deutschen Rechts zu entwickeln, und seine unter der schweren drückenden Wucht des fremden Rechts fast erstickten Keime von ihrer Last zu befreien. Zugleich machte man auch den Versuch, die in der Tiefe des Volks vergrabenen und verschlossenen Rechtsansichten an's Licht zu bringen, und seine im Verborgenen schlummernden Rechtskräfte zu neuer Regsamkeit zu erwecken. Viele deutsche Rechtsinstitute erhielten eine reiche Anzahl von Bearbeitungen, aber nicht in dem Umfang wie die des römischen Rechts. Denn dieses bot wegen seiner gleichmäßigen Natur und wegen seines abgeschlossenen und übersichtlichen Inhaltes der wissenschaftlichen Thätigkeit ein weit bequemeres Feld dar, als das deutsche Recht, welches zwar allgemeine Hauptsätze festhielt, und den einzelnen Rechtsinstituten ein allgemeines nationales Gepräge aufdrückte, aber zu wenig formell ausgebildet und zu sehr zerstreut war, um mit Leichtigkeit übersehen werden zu können. Und wie Deutschland selbst sich in verschiedene Territorien, Gemeinden, Genossenschaften und Stände spaltete, so entwickelten sich auch im

---

1) Vergl. auch Reyscher, über den Begriff des gemeinen deutschen Rechts, in der Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. X. Nr. VI. S. 159.

2) Mittermaier a. a. O. S. 117. 118.

Recht eine Menge von besonderen Rechtsinstituten, welche oft schwer die gemeinsame deutsche Grundlage erkennen ließen.

Vorzugsweise waren bis jetzt die unmittelbar mit dem Grundbesitz oder mit der Geburt zusammenhängenden Institute des deutschen Privatrechts Gegenstand der wissenschaftlichen Forschung [1]), während die allgemeinen Rechtslehren, sowie die Obligationen weniger beachtet wurden. Da diese Eigenheit im innigen Zusammenhang mit der historischen Entwickelung unseres gesammten Rechts steht, so glaube ich auf diese zum besseren Verständniß der Jetztzeit etwas tiefer eingehen zu müssen.

In der ersten Periode des deutschen Rechts sind das physisch kräftig ausgebildete Individuum und der Grundbesitz die zwei Mächte, von denen das Recht getragen und beherrscht wird [2]). Denn ohne Verbindung mit dem Grund und Boden, losgerissen von der Erdscholle treten nur sehr wenige Rechteinstitute als selbständig und für sich bestehend auf. Zwar überwiegt bei weitem die lebendige Macht der thatkräftigen willensstarken Person den Einfluß des leblosen Grundbesitzes, welcher nur den Boden zu dessen freier und voller Rechtsentwickelung bildet. Aber doch herrscht im Ganzen zwischen beiden durchgängig Eintracht, und selten erhebt sich zwischen den rechtlichen Ansprüchen des einzelnen Individuums als solchem und zwischen denen eines Inhabers von Immobilien ein Widerspruch. Die juristische Bedeutung des Menschen im Staats- und im Privatleben steigt oder fällt, vergrößert oder vermindert sich je nach seiner freien oder unfreien rechtlichen Einwirkung auf den Grundbesitz.

Die unmittelbar auf ihm beruhenden Rechtsverhältnisse bleiben vermöge seiner ewigen Dauer längere Zeit hindurch, auch unter veränderten Formen, in ihren Grundprincipien fest und unverrückt bestehen; sie werden gleichsam in den Boden eingewurzelt und mit ihm verwachsen, so daß sie selbst wie ihre Objekte und Inhaber erdzähe und naturwüchsig erscheinen. Sie bieten durch ihre concrete Unterlage und durch ihre gleichbleibende Natur der freien Forschung ein bestimmt abgeschlossenes anschauliches und auf diese Weise anziehendes Gebiet dar.

1) Siehe auch Fischer a. a. O. S. 49.

2) S. auch Zachariä von Lingenthal, die Hauptstufen in der Entwickelung des deutschen Rechts, in der Zeitschr. für deutsch. Recht. Bd. VII. Nr. X.

Die Bestimmung, daß der Zeitpunkt der rechtlichen Selbständigkeit mit dem Moment, wo man fähig ist, die Waffen zur eigenen Vertheidigung zu führen, zusammenfällt, ferner, daß der physisch Schwache seine Rechte nicht vor Gericht vertreten darf, und Niemand juristische Bestimmungen, welche erst nach seinem Tod in Kraft treten sollen, entwerfen kann, beweisen das Streben, das Physische zum Maßstab der rechtlichen Befähigung zu machen. Dieselbe Richtung zeigt sich auch in dem Einfluß der zufälligen Geburt auf die Rechtsfähigkeit, in dem strengen und constanten Festhalten an der Reinheit des Bluts, in der starken und unerschütterlichen Anhänglichkeit an die Personen von gleicher Abstammung.

Diese reine Blutseinheit, welche die Basis des ganzen Erb- und Familienrechts ist, bildet einen jähen Contrast mit dem Grundzug des älteren römischen Rechts, daß der abstrakte Begriff von juristischer Gewalt das Erb- und Familienrecht zusammenhalte.

Mit der Neigung, den Menschen mehr von physiologischem als psychologischem Standpunkt aufzufassen, hängt die Eigenthümlichkeit zusammen, eine jede Rechtshandlung zunächst und hauptsächlich nach ihrer äußeren und concreten Erscheinung zu beurtheilen, so daß selbst derjenige, welcher ohne seine Schuld eine Rechtsverletzung verursacht, oder nur in einem rein zufälligen Zusammenhang mit dem rechtsverletzenden Gegenstand sich befindet, doch gesetzlich Nachtheil erleidet [1]). Freilich beruht dieses zugleich auf der altgermanischen Ansicht, daß derjenige, welcher blos zufällig ohne seinen Willen eine Rechtsverletzung begeht, als ein vom Fatum getroffener, diesen Schlag des Verhängnisses auch schuldlos büßen müsse. Die Ansicht, daß das Schicksal als eine mächtige Gottheit über dem Willen des Menschen walte, und als Herrscher seines Geschicks über ihm throne, ist ein geheimnißvoller dunkler Zug der Völker in der Kindheit ihrer Rechtsentwickelung, ein Zug, welcher beiläufig auch in der griechischen Welt, in den epischen Gesängen des Homers, in den großartigen Gestalten der Tragödien des Aeschylos, in dem Oedipus des Sophokles sich grauenvoll offenbart.

Der bedeutende Einfluß des Physischen und des Grundbesitzes

---

1) S. auch Wilda, Strafrecht der Germanen S. 552 u. 554, Forster, über die Verantwortlichkeit des Satzungs-Gläubigers, in der Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. IX. Nr. II. S. 106.

auf die rechtliche Stellung der Person hat seinen Grund in den damaligen Verhältnissen. Denn da keine mächtig eingreifende Staatsgewalt, welche dem einzelnen juristische Persönlichkeit verlieh und seine Privatrechte schützte, vorhanden war, so mußte der Einzelne in und mit seiner Familie sich selbst juristische Persönlichkeit verschaffen. Wie nun jede Staatsgewalt ein leeres Phantom ist, wenn sie nicht zunächst an ein bestimmtes Territorium geknüpft, nöthigenfalls durch physischen Zwang realisirt werden kann, so bedurfte in dem altdeutschen Recht das einzelne Individuum der physischen Kraft, um im Falle der Noth seine Rechte z. B. vor Gericht durch den Zweikampf durchzusetzen, und des Grundbesitzes, um mit seinem Grund und Boden für die übernommenen Verbindlichkeiten einzustehen, und innerhalb seines Territoriums als Herrscher seine Rechte geltend zu machen.

Eine allmähliche Veränderung in diesen Principien bezeichnet den Anfang einer neuen Periode. Der überwiegende Einfluß der physischen Ausbildung auf die Rechtsfähigkeit der Person wird, da der Schutz, den Kaiser und Städte, geistliche und weltliche Fürsten erweisen, und welcher den Anfang zur modernen einheitlichen Staatsgewalt enthält und die physische Kraft des Einzelnen ersetzt, wenn auch nicht gänzlich gebrochen, doch sehr beschränkt. Obgleich ferner die Geburt noch sehr oft, wie in früheren Zeiten, schon im Voraus die Lebensrichtung und den Umfang der Rechte im Allgemeinen bestimmt, so wird doch dadurch, daß man sie bereits auf künstlichem Weg durch Standeserhöhung, durch Legitimation vermittelst Rescripts oder nachfolgender Ehe fingirt, ihr Einfluß vermindert, und so eine gleiche Berechtigung der Einzelnen ohne Rücksicht auf ihre Geburt vermittelt.

Während früher das Individuum, je nachdem solches frei oder unfrei war, in einem freien oder unfreien Verhältniß zum Grundbesitz stand, so sind jetzt dagegen die verschiedenartigsten Grade und Schattirungen in den Stand der Personen und in ihrer Beziehung zum Grundbesitz eingetreten. Die zahlreichen Gattungen der Gewere, als z. B. Lehens-, Hof-, Zins-Gewere, die verschiedenen Klassen der Individuen, wie Vasallen, Ministerialen, Colonen nebst ihren zahlreichen Unterarten zeigen, welch' eine reiche Mannigfaltigkeit von Rechtsverhältnissen zwischen den Personen und dem Grund und Boden vorkommen, und wie die persönlichen Rechtsbeziehungen,

die ursprünglich mit dem Tode der ersten Contrahenten erlöschen sollten, durch Erblichkeit fest und beständig wie ihre Basis, der Grundbesitz, werden.

Aber diese Rechtsverhältnisse sind nicht von Anfang an nach festen abgeschlossenen Formen gegliedert und geordnet, sondern der an ursprünglicher Individualität so reiche, an ungezwungener Natürlichkeit so volle, an tiefem juristischem Ernst, aber auch an heiterem juristischem Humor so starke germanische Rechtsgeist erzeugt fast in einem jeden einzelnen Fall, obgleich er gewiße allgemeine Regeln überall befolgt, eine reiche Anzahl von originellen Rechtssingularitäten.

Bei dem beginnenden Kampf zwischen dem Individuum und dem Grundbesitz, dem alten Nationalitäts- und dem neuen Territorialprincip schwanken sowohl in den höheren als in den niederen Rechtssphären manche Rechtsinstitute, wie z. B. Adel und Reallast zwischen persönlichem und dinglichem Charakter. Auch zeigen manche Lehren, z. B. die vom Lehen, vom Gesammteigenthum, wie gewisse Rechtsverhältnisse nicht blos eine einzelne juristische Thätigkeit, sondern einen ganzen Complex von Rechtsbeziehungen enthalten, und gleichsam den gesammten juristischen und physischen Menschen in Anspruch nehmen.

Ferner bringen die Mobilien, welche von nun an dem Einflusse der Immobilien entgegentreten, in Verbindung mit einzelnen physischen oder geistigen Thätigkeiten eine Reihe von Associationen und Genossenschaften, wie die des Handels, der Gewerbe, der einzelnen Wissenschaften hervor. Auch werden die einzelnen Rechtshandlungen nicht mehr in dem Grad wie ehemals nach ihrer äußeren sichtbaren Erscheinung beurtheilt, sondern ihre inneren Beweggründe gewinnen auf die richterliche Entscheidung einen größeren Einfluß, und die Lehren vom Betrug, vom Zufall, von der Schuld beginnen sich schärfer zu sondern.

Mit dem Streben, die verschiedenen Verwickelungen zwischen Mobilien und Immobilien, den langen Kampf zwischen den Ansprüchen der einzelnen Person nach ihrer physischen Beschaffenheit und rein sittlichen Subjektivität auf eine befriedigende Weise zu lösen, beginnt die dritte Periode.

Ueberall herrscht das Bestreben, die Beziehungen der einzelnen concreten Sachen zu den einzelnen Personen abstrakten allgemeinen Rechtsbegriffen, wie z. B. Besitz, Eigenthum unterzuordnen,

die Individuen nicht als ursprüngliche Schöpfer, nicht als geborene Herrscher des Rechts, sondern als seine Träger darzustellen. Unter der allgemeinen Bezeichnung von Vermögen sollen seine einzelnen Bestandtheile nicht in ihrer materiellen Verschiedenheit, nicht in ihrer getrennten Absonderung hervortreten, unter dem abstrakten Begriff von juristischer Persönlichkeit soll der Mensch mit seinen besonderen individuellen Berechtigungen und Verpflichtungen verschwinden.

An diese Richtung schließt sich innig an das Streben, den Menschen gleichsam geistig zu anatomiren und die verschiedenen Motive seiner Rechtshandlungen in besondere Klassen einzutheilen, so daß für eine jede Stufe des rechtswidrigen Beweggrundes, vorzugsweise in dem Criminalrecht, ein besonderer Geistesthermometer aufgestellt ist, welcher genau die verschiedenen Grade des Betruges, der Leidenschaft angibt, und je nach der verschiedenen Temperatur des Rechtswillens steigt oder fällt. Diese Bestrebungen werden zugleich durch die Aufnahme des römischen Rechts als eines Vernunftrechts begünstigt. Wie bei den Römern im Staatsrecht der Idee des Staats gegenüber das einzelne Individuum weder für sich noch in Verbindung mit andern selbständig auftreten, und seine Sonderinteressen geltend machen durfte, so auch sollte in dem römischen Privatrecht die physische Person und die concrete Sache vor dem abstrakten Begriff und vor der strengen Form zurücktreten. Dagegen bei den Germanen behauptete der Staatsidee und der strengen Rechtsform gegenüber die materielle Sache, die Individualität des Einzelnen eine gewisse Unabhängigkeit. Diese Eigenheit, welche als ein Grundzug des deutschen Rechts von den ältesten Zeiten an sein ganzes Rechtsgebiet hindurchgeht, verleiht seinen Rechtsinstituten im Gegensatz zu den römischen ein eigenthümliches nationales Gepräge, eine gewisse natürliche Anschaulichkeit und Originalität. Daher herrscht in unserem einheimischen Recht mehr das Subjektive als das Objektive, mehr das Individuelle als das Allgemeine, mehr der Inhalt als die Form vor.

Wie nun der deutsche Staat bei der Durchführung der einheitlichen Staatsgewalt die Aufgabe hat, den einzelnen Individuen und Corporationen ein freies Feld zu einer selbständigen Entwickelung unter seiner Obhut einzuräumen, so auch steht der Theorie des gesammten deutschen Privatrechts als Ziel bevor, neben der scharfen Begrenzung der Begriffe und neben ihrer consequenten Durchfüh-

rung die Personen und Gegenstände nicht ganz durch die Uebermacht der Form zu unterdrücken, sondern ihnen vielmehr für ihre organische Fortbildung einen hinreichend freien Raum zu lassen.

Die Durchführung eines allgemeinen deutschen Privatrechts, welches zugleich das römische als deutsch gewordenes Recht in sich begreift, wird jetzt durch die fast völlige Auflösung des engen Zusammenhangs, in welchem der Grundbesitzer zu seinem Besitz stand, bedeutend erleichtert. Der überwiegende Einfluß des Grund und Bodens auf die politischen und Privatrechte seiner Inhaber ist in seinen Hauptelementen aufgehoben. Während früher im System unseres Privatrechts fast die unumgängliche Nothwendigkeit eintrat, manche Rechtsinstitute wie z. B. den Bauernstand nebst ihren verschiedenen Zweigen als Zwitter von dinglichem und persönlichem Recht, sowohl im Personen- als Sachenrecht, (wenn man nicht dingliche Rechtsverhältnisse mit persönlichen Rechten und umgekehrt persönliche mit dinglichen vermischen wollte) auseinanderzusetzen, so ist nun die Möglichkeit gegeben, diesen Rechtsinstituten einen einzigen bestimmten Platz, welcher ihnen nach ihrer entweder nur dinglichen oder nur persönlichen Eigenschaft zukömmt, im System anzuweisen. Zugleich wird durch gleichmäßige und gleichförmige Umwandlung der so zahlreichen Colonatgüter, welche früher je nach der größeren oder geringeren Abhängigkeit ihrer Besitzer, je nach ihrer beschränkteren oder unbeschränkteren Macht, über das Gut zu verfügen, viele und verwickelte Rechtsverhältnisse hervorbrachten, in Erbpacht oder Allod die sonst so reiche Anzahl von dinglichen Rechten sehr vereinfacht. Mit dieser gleichförmigen Umgestaltung ist auch die Theilung des Volks in verschiedene Klassen oder Stände theils auf friedlichem theils auf gewaltsamem Weg aufgehoben, und der Einfluß der zufälligen Geburt auf das allgemeine Privatrecht fast ganz vernichtet. Wahrscheinlich wird jetzt statt der früheren Verhältnisse des Grundbesitzes vorzugsweise das Kapitalvermögen in Verbindung mit der körperlichen und geistigen Thätigkeit der Personen oder mit einem von beiden eine ganz neue Anzahl von Rechtsinstituten in's Leben rufen, so daß die Organisation sowohl der geistigen als körperlichen Arbeit eine neue Phase im Recht herbeiführt.

Die Verfasser eines allgemeinen deutschen Gesetzbuchs haben jetzt einen weit größeren und freieren Spielraum, als je in den verschiedenen Perioden unseres Rechts, für ihre Thätigkeit. Denn der

gewaltige Umsturz in den politischen Verhältnissen hat zugleich auch die privatrechtlichen Zustände in ihren Grundvesten erschüttert. Während in den früheren Zeiten die gesetzgebende Gewalt wohl erworbene Rechte wo möglich schonen, wenigstens fast immer ihre Entschädigung berücksichtigen mußte, so haben jetzt die Inhaber dieser wohlerworbenen Rechte, wie z. B. der Adel in Bezug auf Standesprivilegien sich in vielen Fällen von freien Stücken zum Verzicht ohne Entschädigung erklärt. Die Begeisterung für ein allgemeines deutsches Reich, sowie die Stärke der öffentlichen Meinung, und die drohende Gewalt der Menge bewegt die Einzelnen, für das allgemeine Wohl ihre Sonderinteressen aufzuopfern, und sich den Nichtbevorrechteten gleichzustellen. Dieser neue Zustand muß von der gesetzgebenden Gewalt, ehe die Begeisterung erlischt, ehe eine Reaktion eintritt, und im Interesse des Egoismus ein starres Festhalten an den älteren Rechtszuständen erzeugt, rasch benutzt werden. Denn solche Zeiten pflegen bekanntlich nicht allzulange zu dauern, und was jetzt nur wenig Mühe und Anstrengung kostet, würde später vielleicht gar nicht oder nur mit unsäglicher Anstrengung errungen werden. Bei dem Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzbuchs ist, wenn dasselbe, was freilich noch einiger Zeit bedarf, vollständig werden soll, ein allgemeiner Theil nothwendig. Dieser enthält bekanntlich solche Lehren, welche, wie die vom Betrug, vom Zufall, von der Bedingung bei einem jeden Rechtsinstitut vorkommen können. Für diese gelten nun fast durchgängig die römischen Grundsätze, so daß auf diesem Gebiet deutsche Rechtsanschauungen, mit Ausnahme weniger Bestimmungen, keine praktische Gültigkeit haben. Diese allgemeinen Lehren werden nämlich, wenn sich die Völker auf einer gewissen Höhe der Entwickelung befinden, überall gleichmäßig ausgebildet. Zugleich bewirkte aber auch die besondere Beschaffenheit unserer älteren Rechtsquellen, daß die einheimischen Grundsätze nur wenig hervortraten, und sich daher den römischen gegenüber keine Geltung verschafften. Ein tieferes Eingehen auf solche allgemeine Lehren setzt ja voraus, daß man von den singulären Fällen und von den einzelnen Rechtsinstituten absieht, und das Recht von einem übersichtlichen wissenschaftlichen Standpunkt aus betrachtet. Aber eine solche Anschauungsweise mußte den thatkräftigen germanischen Stämmen in der Zeit der Kindheit, der jugendlichen Entwickelung ihres Rechts fern liegen. Die Volksrechte (die sog. leges Barbarorum)

haben ihrem Inhalte nach etwas Episches, Drastisches. Wie in dem ächten Volksepos eine Handlung auf die andere folgt, eine Thatsache sich an die andere anschließt, ohne nähere Angabe ihrer inneren Triebfedern, weil diese als der Inhalt des innersten Lebens und Geistes der Nation einem jeden Mitgliede des Volks von selbst klar und verständlich sind, so verhält es sich in ähnlicher Weise mit den älteren Volksrechten. In ihnen nimmt eine Rechtsbestimmung die andere auf, schließt sich ein Rechtstitel oft sehr fragmentarisch unmittelbar dem andern an, während weder die allgemeinen ideellen Lehren, noch auch der tiefere Zusammenhang der einzelnen Normen sichtbar hervortreten. Denn da die Rechtsbestimmungen unmittelbar aus dem gesammten Rechtsbewußtsein der ganzen Nation hervorgingen, ein jeder in ihnen seine eigene Rechtsansicht wiederfand, und ihre Erklärung in seinem eigenen Innern trug, so war eine klare Uebersicht der leitenden Grundideen und eine weitere Ausführung von allgemeinen Rechtsregeln nicht nothwendig. An einigen Stellen werden zwar die inneren Gründe einzelner Bestimmungen angegeben, und abstrakte Rechtsgrundsätze aufgestellt, aber dieß ist meist späteren Ursprungs und entweder durch den Einfluß der Geistlichkeit oder durch die Macht einer gesetzgebenden Staatsgewalt hinzugekommen [1]).

Wenn auch die Rechtsbücher des Mittelalters ein reiches Material, und darunter hier und da abstrakte allgemeine Sätze enthalten, so sind doch die einzelnen Rechtsinstitute, wie dieß auch in der Wirklichkeit der Fall, zu wenig von einander geschieden, und die Grundsätze des Criminal- und Privatrechts, nebst denen des Processes noch zu sehr gemischt, als daß bei den einzelnen Rechtsfällen ein fester Zusammenhang mit allgemeinen Lehren hervorträte. Ebenso ist die Zusammenstellung von gleichartigen Lehren oft nur eine äußerliche, keine innere, wie sie der organische Zusammenhang der einzelnen Rechtsinstitute fordert.

---

1) Leges Barbarorum von Canciani: lex Burgund. tit. 49. c. 1. tit. 52. tit. 79. c. 5. lex Longobard. lex Luitp. lib. V. c. 6. Aistulphi leg. prologus. lex Rotharis c. 331. lex Alamannorum tit. 36. §. 3. tit. 57. §. 6. Unger, über die gleichartige Entwickelung des römischen und deutschen Rechts, in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. VII. Nr. VI. S. 112.

Daher ist die Aufgabe, einen sogenannten allgemeinen Theil, wie solcher sich in den Lehrbüchern des römischen Rechts findet, aus rein deutschen Rechtsquellen aufzustellen, eine sehr verwickelte und schwierige, und diese Schwierigkeit ward bisher noch gesteigert durch den Mangel eines allgemeinen, überall geltenden Rechtsorgans. Zwar waren die Schöffen, wie einst der römische Prätor, die viva vox des geltenden Rechts. Aber diese Schöffen wurden später durch den Einfluß der in römischen Rechtsansichten großgezogenen Juristen um ihre allgemeine nationale Bedeutung gebracht, welche Bedeutung auch schon früher dadurch, daß ihre Urtheile, als den Einflüssen der besonderen Ortsgewohnheiten und Statuten unterworfen, oft eine allzulokale Färbung hatten, sich als vermerkt darstellte.

Uebrigens sind die Ansichten über die Herrschaft des römischen Rechts, namentlich in der Lehre von den Verträgen sehr verschieden. Einige behaupten, daß das deutsche Recht, da die Grundsätze über die Verträge ihrer allgemeinen Natur nach bei einem jeden Volk dieselben sind, und also hier kein Unterschied zwischen deutschem und römischem Recht bestehe, durch die Gültigkeit des letzteren nichts an seinem originellen Charakter einbüße. Diese Ansicht unterstützt Thibaut, wenn er nicht allein von den Verträgen, sondern auch vom Erbrecht, vom Hypothekenwesen sagt [1]), daß sie nur eine Art von juristischer Mathematik, auf die keine Lokalität irgend wie einen entscheidenden Einfluß haben könne, für sich bildeten. In einem schroffen Gegensatz zu dieser Behauptung steht die Ansicht, daß das deutsche Recht überall seine besonderen, nur ihm angehörigen Grundsätze gehabt, diese aber bei Aufnahme der römischen unrechtmäßiger Weise ihre nationale Stellung verloren haben [2]). Nach einer dritten Ansicht ging unser einheimisches Recht nicht zu Grunde, sondern dasselbe entwickelte durch Reception des römischen seine Grundsätze über die Verträge, welche damals noch nicht gehörig ausgebildet waren, erst recht vollständig [3]).

In der Verschmelzung und theilweisen Annahme dieser entgegenstehenden Behauptungen scheint mir die richtige Ansicht enthalten

1) **Thibaut** a. a. O. S. 453. s. auch v. **Wydenbrugk** a. a. O. S. 19.

2) **Wydenbrugk** a. a. O. S. 18.

3) S. auch v. **Wydenbrugk** a. a. O. S. 18.

der Werth meines Stieres, der ohne mein Wissen jähzorniger Natur ist, wenn er einen andern Stier im Streit tödtet, nebst der Schätzung des getödteten Thiers zwischen mir und dem Eigenthümer des letzteren getheilt werden. Diese Regel scheint angemessener als die römische Bestimmung zu sein [1]: daß der Eigenthümer desjenigen Stieres, welcher zuerst angreift, den Schaden ersetzen, oder seinen Stier an den Eigenthümer des gefallenen Stiers hingeben soll. Denn wer kann die Thierseelen ergründen? wie schwer ist bei ihnen zu beurtheilen, in wie weit eine arglistige Anreizung vor dem feindseligen Angriff stattfand?

Diese Fälle mögen zum Beweis unserer früheren Behauptung genügen, daß die Grundsätze des deutschen Obligationen-Rechts doch auch Berücksichtigung verdienen. Natürlich kann aber nicht beabsichtigt werden, die vollständig abgestorbenen Rechtsinstitute, wie mit Zauberformeln, in den Geist der Neuzeit aus ihren Gräbern herauf zu beschwören. Allein ebensowenig darf bei Errichtung eines allgemeinen Gesetzbuchs der Gedanke vorherrschen, gänzlich mit der Vergangenheit zu brechen [2], und durch Aufhebung aller Sonderrechte das ganze Recht wie auf einer tabula rasa überall gleichlautend und gleichförmig zu machen. Auch ist die Rechtsgewalt nicht dergestalt in einen einzigen Mittelpunkt zu centralisiren, daß von da aus wie von einer Sonne das Licht, was die Rechtsinstitute erhellte und belebte, allein ausging. Denn auf diese Weise würde ja ein Hauptvorzug des vaterländischen Rechts, die Autonomie, welche vielen privatrechtlichen Instituten selbst in solchen Zeiten, wo die Freiheit des Individuums in Bezug auf andere Rechtssphären gebrochen schien, eine gewisse Selbständigkeit verlieh, vernichtet, und da, wo sonst Leben und eigenes Schaffen war, ein matter mechanischer Rechtszustand herbeigeführt werden.

Vielmehr soll unser Gesetzbuch aus einer engen Verbindung der verschiedenen charakteristischen Hauptzüge von den einzelnen Perioden unserer Staats- und Rechtsbildung bestehen. Denn in der Vergangenheit von Jahrtausenden liegt der Keim zu der Gesetzgebung, welcher wir jetzt dienen [3]) und in Zukunft dienen werden. Aus der

---

1) l. 1. §. 11. Dig. si. q. p. f. 9. 1.

2) Vergl. Thibaut a. a O. S. 412.

3) Feuerbach, über Philosophie und Empirie, Landshut 1804 S. 43.

urältesten Zeit unserer Vorfahren nehme man als Kern und stolze Krone ihres Rechtes die Anerkennung des Individuums, des freien Mannes, seine Berechtigung an der Staats- und Rechtsentwickelung, aber ohne Unterschied des Standes und gehoben durch die Idee des modernen sittlichen Staats, wonach die Anerkennung der einzelnen Person nicht mehr von seiner Abstammung und von der Reinheit seines Bluts, sondern von seiner sittlichen Energie abhängt. Ebenso trete die uralte Freiheit des Bodens, seine Lösung von Regalien und Reallasten, soweit nicht das dominium eminens des jetzigen Staats eine Beschränkung notbwendig macht, zugleich mit der alten Mündlichkeit und Oeffentlichkeit der Rechtshandlungen von neuem in's Leben.

Aus dem Mittelalter dagegen bereichere sich unser Gesetzbuch mit der reichen Fülle von Corporationen und Genossenschaften, ohne ihre damalige strenge Absonderung nach Ort und Stand, ohne ihr zähes Festhalten an ererbten Vorurtheilen und ohne ihre heftige Opposition gegen die einheitliche Staatsgewalt. Der Reichthum des Mittelalters an concreten Formen, an natürlichen anschaulichen Zeichen erfrische und verjünge unsere zu todten Buchstaben herabgesunkene Formenwelt, während jedoch weder die Form über den Inhalt herrsche, noch der streng ausgeprägte Formalismus den freien Verkehr hemme. Zugleich versuche man durch Belebung der im Volk vorhandenen Rechtselemente die einstige Theilnahme des Mittelalters an der Rechtserzeugung von neuem in allen Klassen zu erwecken.

Aus der dritten Periode des deutschen Rechts verbleibe uns seine scharfe wissenschaftliche Auffassung der Rechtsbegriffe, sein Streben nach organischer Verbindung der einzelnen Rechtsinstitute, sein hoher philosophischer Standpunkt, von welchem aus das Recht in tiefem Zusammenhang mit der gesammten Geisteskultur der Nationen aufgefaßt, und nach sittlichen Principien veredelt wird, ohne aber alle Rechtsbeziehungen nach radikalen Grundsätzen einzuzwängen, ohne den vorhandenen Rechtsstoff in ein einseitiges absolutes System für immer einschachteln zu wollen. — Vergleichen wir die Verhältnisse, unter welchen die Justinianischen Rechts-Sammlungen, namentlich die Digesten zu Stande kamen, mit denen, welche bei dem jetzt zu errichtenden deutschen Gesetzbuch vorhanden sind, so finden wir neben manchem Aehnlichen viele Verschiedenheiten. Zu der Zeit, als das römische Gesetzbuch entstand, waren nur noch sehr we-

setzordnende, als legislatorische oder gesetzgebende Gewalt. Dieß entsprach auch der damaligen gesunkenen Nationalität. Denn je mehr ein Volk stabil und gesunken ist, desto weniger bilden sich neue Verhältnisse, für die eine gesetzgebende Macht Veranlassung hätte, ihre Thätigkeit zu entwickeln. Dagegen ist der Rechtsstoff, welchen uns die Jahrhunderte zugeführt haben, weit größer und mannichfaltiger, und da die verschiedenartigsten Rechtsquellen nicht organisch verbunden sind, und noch nebeneinander bestehen [1]), so ist unsere Aufgabe auch in dieser Beziehung eine weit schwierigere als die der römischen Gesetzcommission [2]). Denn eine bloße Codifikation des geltenden Rechts genügt nicht. Auch reicht es nicht hin, unter Vergleichung der deutschen Gesetzbücher aus ihren übereinstimmenden Grundsätzen ein allgemeines Gesetzbuch zu entwerfen; dieses wäre ein Rückschritt zur Absicht Selchows und Pütters, aus den Rechtsinstituten, welche zufällig in den Partikulargesetzen übereinstimmten, ein gemeines deutsches Privatrecht zu bilden. Aber unstreitig muß die Commission das, was in einem jedem Land für Nationalgesetzgebung geschehen [3]), benützen, und namentlich die deutschen Civilgesetzbücher und durch sie in den größeren Staaten gemachten Erfahrungen sorgfältig beachten; denn diese Gesetzbücher führten nicht, wie Manche behaupten [4]), zur Trennung, sondern zur Einheit des deutschen Rechts [5]).

Aber auch eine organische Verbindung der vorhandenen Rechte

---

1) Mittermaier a. a. O. S. 112. Held a. a. O. S. 14. v. Wydenbrugk a. a. O. §. 18. Albrecht, die Stellung der römischen aequitas, in der Theorie des Civilrechts, Dresden 1834 S. 9.

2) v. Savigny's System Vorrede S. 30.

3) Thibaut a. a. O. S. 441.

4) Thibaut, in den Heidelberger Jahrbüchern 1816 S. 20. Bitzer a. a. O. S. 497.

5) Purgold, praktische Bemerkungen zu dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großh. Hessen, in der Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. VII. Nr. XIII. S. 347—348. Reyscher, Begriff des gemeinen deutschen Rechts, in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. X. Nr. VI. S. 176. v. Almendingen, politische Ansichten über Deutschlands Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft Bd. I. Wiesbaden S. 256.

genügt nicht. Denn die gesetzgebende Gewalt hat zugleich die Verpflichtung, da der Umsturz der Dinge neue Verhältnisse herbeiführt, für deren Ausgleichung und Sicherstellung zu sorgen. Der Gesetzgeber soll zwar nicht Verhältnisse, die neue Rechtsbestimmungen fordern, schaffen, sondern dieses der natürlichen Entwickelung überlassen, aber die neuentstandenen Zustände muß er gesetzlich ordnen.

Während also die Aufgabe unserer Gesetzcommission eine weit schwierigere als die der römischen ist, hat zugleich unser zukünftiges Gesetzbuch eine weit höhere und großartigere politische Bedeutung. Denn dieses soll das allgemeine nationale Bewußtsein begründen, und die Einheit Deutschlands befestigen, während bei dem römischen Gesetzbuch gemäß dem Ausspruche Justinians: „nicht allein mit den Waffen, sondern auch durch Gesetze muß man herrschen" [1]), es sich davon handelte, die Herrschergewalt des Kaisers zu befestigen.

In der That ist für die Einigung Deutschlands ein allgemeines Gesetzbuch nothwendig, denn solange dasselbe kein gemeinschaftliches Gesetzbuch, keine gemeinschaftliche Gerichtsverwaltung besitzt, ist es in einem Zustande von Anarchie [2]). Zugleich ist ein solches Werk erforderlich, damit der chamäleonartige Wechsel der einzelnen Gerichte, welcher bei den Römern nicht vorkam, endlich aufhöre, und der Richter nicht mehr wie früher bei der ungeordneten Masse von römischem und deutschem Recht und dem großen Wust von Partikulargesetzen in seinen Beschlüssen hin und her schwanke [3]). Auch die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Gerichts-Verfahrens können wenigstens ohne ein Gesetzbuch in deutscher Sprache nicht praktisch werden, nicht zum wahrhaften Nutzen der Partheien und zur wirklichen Erleichterung des Richters gereichen. Denn wie können die Anwälte mit klaren und kurzen Worten ein treffendes Bild von dem Rechtsverhältniß der Streitenden entwerfen, wie können die Richter

---

1) Prooem. Inst. pr. Zwar sagt Justinian an einer andern Stelle (Codex constt. de n. cod. fac. §. 1. de Just. cod. conf. pr.), das Gesetzbuch diene zur Aufrechthaltung des Staas (reipublicae); aber unter dem Staat verstand er sein Reich.

2) Oelsner, politische Denkwürdigkeiten, herausgegeben von Dr. G. Oelsner-Monmerque. Bremen 1848.

3) Thibaut a. a. O. S. 434 — 435. v. Wydenbrugk a. a. O. S. 24. 25. Held a. a. O. S. 7.

rasch und richtig entscheiden, wie wird das zuhörende Volk sein Recht als ein volksthümliches auffassen, und dasselbe liebgewinnen, wenn die Entscheidung hauptsächlich aus dem corpus juris hergeholt werden soll! Gerade das Letztere ist von großer Wichtigkeit. Denn nimmt das Volk wieder mehr Antheil als früher an dem Recht, so wird seine rechtsbildende Kraft von neuem angeregt, das Recht wird volksthümlich, und von neuem besteht der nothwendige innere Zusammenhang zwischen Volk und Recht [1]). Für die Art des Geistes, welcher dem deutschen Gesetzbuch zu Grunde liegen soll, mögen die Worte, welche die Zeitschrift für deutsches Recht als ihre Parole aufstellt [2]): „Nationalität aber nicht ohne Humanität, geschichtliches Recht aber nicht ohne Rechtsphilosophie, und vor allen nicht ohne praktisches Verständniß des gegenwärtigen Lebens," zur Richtschnur dienen.

Auf diese Weise entsteht zwischen dem römischen und deutschen Gesetzbuch eine Aehnlichkeit, welche durch die Gleichartigkeit in der Entwickelung des deutschen und römischen Rechts, auf die schon früher in dieser Zeitschrift hingewiesen worden [3]), noch vermehrt wird. Was nämlich im deutschen Gesetzbuch auf ursprünglich und eigenthümlich deutschen Grundsätzen beruhte, wäre der römischen Sabinusmasse, welche die streng nationalen Institute enthielt, mit Recht an die Seite zu stellen. Die Ediktsmasse dagegen könnte man den römischen Grundsätzen, welche in's deutsche Recht übergingen, vergleichen, denn wie die Ediktsmasse vorzugsweise die aequitas und das jus gentium enthielt, so bilden die aus dem römischen Recht in's Deutsche aufgenommenen Grundsätze hauptsächlich dessen Vernunftrecht [4]). Die Papiniansmasse endlich gliche, als vorzugsweise praktisches Recht, den Grundsätzen, welche aus den Entscheidungen der Gerichte und der Spruchkollegien in das deutsche Gesetzbuch übergingen. Dagegen unterscheidet sich der Stoff der beiden Gesetzbücher an

---

1) Vergl. auch v. Wydenbrugk S. 22. 33. 44.

2) Reyscher, Begriff des gemeinen deutschen Rechts Bd. X. Nr. V S. 176.

3) Unger, über die gleichartige Entwickelung des deutschen und römischen Rechts, in d. Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. VII. Nr. V.

4) Vergl. auch Reyscher, die Einheit des gemeinen deutschen Rechts a. a. O. S. 340.

meisten dadurch, daß das Justinianische hauptsächlich aus Schriften der Rechtsgelehrten hervorging, während die Schriften unserer römischen Juristen die gesetzliche Bedeutung, welche nach dem Valentianischen Citirgesetz die Werke von fünf, nach Justinians Verordnung die von neun und dreißig Gelehrten für das römische Recht hatten, nicht erlangen werden. In gewisser Weise vertreten jedoch die Civilgesetze und Gesetzbücher der neun und dreißig deutschen Staaten die Schriften dieser neun und dreißig römischen Juristen.

Vergleichen wir den Standpunkt der deutschen Gesetzgebung mit dem des Code civil, so zeigt sich auch hier eine gewisse Aehnlichkeit. Der Code civil sollte die Rechtsverwirrung, welche die Revolution in Frankreich herbeigeführt hatte, aufheben, und die neuen Zustände gesetzlich ordnen [1]). Seine Aufgabe war, die Vernichtung eines Theils des bürgerlichen Rechts festzustellen, die dagegen in der Revolution geschehenen Anordnungen sowohl in Uebereinstimmung unter sich, als auch in Harmonie mit dem übrigen bürgerlichen Recht zu bringen. Eine ähnliche Ursache liegt unserem zukünftigen Gesetzbuch zu Grunde. Denn wenn auch keine vollständige Revolution bei uns erfolgt ist, so hat doch auf der einen Seite die Furcht vor ihrem Ausbruch, auf der andern das Streben nach ihrer Ausführung fast zu denselben Umwälzungen im Privatrecht, wie in Frankreich geführt. Und wenn früher gegen die Einführung des Code Napoleon in Deutschland eingewendet wurde [2]), daß derselbe, da der Fluch der Revolution dieses Land nicht getroffen habe, und hier keine Gleichheit der Stände eingeführt, keine Vernichtung der gutsherrlichen Verhältnisse stattgefunden, für Deutschland nicht passe, so könnten wir ihn jetzt, wo alles das bei uns eingetreten ist, vorausgesetzt, daß nicht andere Gründe gegen seine Aufnahme sprächen, mit Recht annehmen. Auch politische Ansichten und Rücksichten werden sich bei dem deutschen wie bei dem französischen Gesetzbuche, wiewohl in verschiedener Weise, geltend machen. Während zur Zeit der Errichtung des Code civil die französische Staatsverfassung der Theorie nach republikanisch, in der That aber despotisch war, wird dagegen unsere

---

1) Vergl. auch Rehberg, über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland Hannover 1814, S. 5. 14—16. Savigny, Beruf uns. Zeit f. G. S. 55. 57.

2) Rehberg a. a. O. S. 19. Savigny a. a. O. S. 57.

Staatsverfassung zu der Zeit, wo man das deutsche Gesetzbuch vorlegt, vielleicht der Theorie nach monarchisch, der That nach demokratisch sein. Ueber das französische Gesetzbuch ward in dem Staatsrath, dem Stolze der französischen Administration, discuttirt [1]); über den Entwurf des deutschen aber wird in dem deutschen Parlament, der Krone der deutschen Volksmacht, verhandelt werden. In Hinsicht auf den Rechtsstoff verhält sich das französische Gesetzbuch gleichfalls verschieden von dem unsrigen. Vor dem Code Napoleon galt in Südfrankreich fast ausschließlich das römische Recht, in Nordfrankreich allgemein das Gewohnheitsrecht [2]). Bei uns dagegen hat das römische Recht überall zwar Geltung, aber nicht in dem Umfang, wie meist in Südfrankreich, gefunden; auch das Gewohnheitsrecht ist in keinem deutschen Staat von der absoluten Kraft und Bedeutung, wie einst im Gebiete von Nordfrankreich. So streng nun auch ursprünglich der Gegensatz war zwischen den Gegenden des droit écrit und des droit coutumier, so ward doch dieser Gegensatz theils durch den Einfluß der jurisprudence, theils durch die gemeinsame Gesetzgebung vielfach ausgeglichen, so daß ein allgemeines Gesetzbuch in Frankreich weit nicht so sehr Bedürfniß war, als dieß jetzt in Deutschland der Fall ist. Man nahm aber auch dort die Sache leichter, als dieß in Deutschland wohl geschehen wird.

Die Redaktoren des Code civil haben mitunter die Rechtsinstitute, vorzugsweise die römischen, nicht nach ihrer wahren Bedeutung aufgefaßt, und einzelne Rechtsbestimmungen unorganisch neben einander gestellt [3]). Diesen Fehler werden hoffentlich die Verfasser des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs vermeiden. Denn unsere Jurisprudenz steht ohne Zweifel in wissenschaftlicher Auffassung, vorzüglich aber in gründlicher Durchbildung des römischen Rechts, höher als die damalige französische.

Die ursprünglich germanischen Rechtslehren, welche der Code civil beibehielt [4]), sind von unserer Gesetzgebung in größerem Um-

---

1) Savigny a. a. O. S. 57.

2) Rehberg a. a. O. S. 17. 20. 30. v. Savigny a. a. O. S. 38. Warnkönig, in den Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt a. M. 1846 S. 152 f.

3) v. Savigny a. a. O. S. 60 u. f.

4) Zöpfl, germanisches Element im Code Napoleon, in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. V. Nr. V. S. 118. 119.

fang zu berücksichtigen. Auch wird unser Gesetzbuch mehr als der Code Napoleon von wirklichem Vernunftrecht und von allgemeinen humanen Grundsätzen durchdrungen sein. Man dachte zwar in Frankreich während der Revolution ernstlich daran, ein Gesetzbuch zu entwerfen, welches die Grundsätze der Revolutionsphilosophie enthalten, und als Codex der Vernunft den reinen Abdruck gewisser allgemeinen Rechtswahrheiten enthalten sollte [1]). Wie wenig aber die Franzosen im Gegensatz zu den jetzigen Deutschen damals es verstanden, allgemeine Vernunftwahrheiten, welche theils zur Ergänzung theils zur Erklärung der positiven Rechtsinstitute von großem Werthe sind [2]), aufzustellen, zeigt eine Vergleichung der Constitution vom 24. Juni 1793, und 25. Sept. 1793 mit den deutschen Grundrechten, für die wir wenigstens den Vorwurf, welchen wir sonst oft verdienen, daß wir unpraktisch wären, abweisen müssen *), wenn gleich die Durchführung derselben noch manches Opfer kosten wird. Insbesondere wird unser Gesetzbuch in Kontrast mit dem französischen, welches die einzelne Person zwar unabhängig von ihren Mitbürgern, aber vollkommen abhängig von der Staatsgewalt zu machen strebte [3]), den Gemeinden und Corporationen eine große Selbständigkeit, also auch einen großen Einfluß auf ihre Mitglieder einräumen. Zugleich mag das weiter fortgeschrittene Völkerrecht günstig auf die Stellung der Fremden im Gesetzbuch einwirken, so daß sie nicht, wie z. B. nach dem Code [4]), nur dann, wenn die einheimische Regierung besondere Verträge mit der ausländischen abgeschlossen hat, Schenkungen oder Vermächtnisse von diesseitigen Staatsbürgern erhalten können.

---

1) Vergl. Rehberg a. a. O. S. 7. 12. 13. 139.

2) Albrecht, die Stellung der römischen aequitas S. 4 u. flg., Reyscher, über das Dasein des deutschen Rechts, in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. I. S. 25, und Begriff des gemeinen deutschen Rechts in derselben Zeitschrift Bd. X. Nr. VI. S. 154. 156. Thibaut a. a. O. S. 435.

*) Anmerkung. Es wäre wohl zu wünschen: man hätte sich in den nun definitiv zu Frankfurt angenommenen Grundrechten weniger als geschehen, an den französischen Liberalismus gehalten; man wäre praktischer gewesen und weiter gekommen.

Reyscher.

3) Vergl. Rehberg a. a. O. S. 99.

4) Artikel 726. 912. Rehberg a. a. O. S. 92 u. flg.

Für den materiellen Umfang des Gesetzbuches sind die verschiedenen Richtungen der neueren Gesetzbücher mehr oder minder wichtig. Das Preußische Landrecht, obgleich es bekanntlich die Provinzialstatuten neben sich bestehen läßt, hat das Streben, die einzelnen Rechtsfälle vollständig aufzuzählen und zu entscheiden. Diese Richtung, welche leicht den Nachtheil bewirkt, daß die allgemeinen leitenden Grundideen in einzelnen Fällen nicht genug hervortreten, kann natürlich niemals ihren Zweck erreichen. Denn wer ist im Stande, für die Rechtsinstitute und unzählig neuen Rechtsfälle, welche das Leben und der täglich steigernde Verkehr erzeugt, schon im Voraus specielle Rechtsnormen festzustellen [1])? Wenn wir auch so wie die klassischen römischen Juristen mit den Begriffen zu rechnen verständen [2]), so ist doch das Leben selbst keine Zahl oder mathematische Regel, deren mögliche Combinationen man im Voraus berechnen könnte.

Daher haben sich andere für das Verfahren des östreichischen Gesetzbuchs, welches nur die allgemeinen Grundregeln aufstellt, mit der Einschränkung, daß seine allzugroße Kürze und Allgemeinheit vermieden, und die Anwendung der allgemeinen Grundregeln für einzelne Hauptfälle gezeigt werde, in neuerer Zeit ausgesprochen [3]). Allerdings genügt für das zukünftige deutsche Gesetzbuch, welches die Aufgabe hat, so verschiedenartige Rechtsstoffe organisch zu verbinden, eine bloße Aufstellung von allgemeinen Rechtsprincipien nicht. Denn gerade, wenn solche Rechtsinstitute, welche, wie z. B. die Erbverträge, zugleich deutsche und römische Elemente enthalten, vorkommen, muß der Gesetzgeber, um das hier so häufige Hin- und Herschwanken zwischen verschiedenem Recht zu vermeiden, die speciellen Folgerungen aus ihren allgemeinen Begriffen genau bestimmt haben. Aber selbst dieses scheint den Anforderungen der neueren Zeit an ein allgemeines deutsches Gesetzbuch nicht zu genügen. Denn zu einer wahrhaften Durchführung und praktischen Anwendbarkeit eines solchen Werks ist erforderlich, daß dasselbe bei den einzelnen Rechtsgrundsätzen auf die Bestimmungen der Partiku-

---

1) Vergl. auch v. Wydenbrugk a. a. O. S. 32. Held a. a. O. S. 20.

2) v. Savigny a. a. O. S. 25.

3) v. Wydenbrugk a. a. O. S. 32. Held a. a. O. S. 20.

largesetze und Gesetzbücher, auf die Entscheidungen der Gerichte und Spruchkollegien, auf den Inhalt der Gewohnheiten und juristischen Schriften, welche seiner Auffassung der Rechtsinstitute entsprechen, genau hinweise. Auf diese Art werden die Erfahrungen der Praxis, die Schätze der Wissenschaft, die Reichthümer der verschiedenen Partikulargesetzgebungen auf eine würdige Weise zum Aufbau unseres nationalen Werkes benutzt, und gebührendermaßen anerkannt. Unser Gesetzbuch erscheint dann als ein Erzeugniß aller verschiedenen Rechtsthätigkeiten im Volke, als eine Errungenschaft der gesammten deutschen Stämme, und zugleich als ein inniges Band unter denselben. Die einzelnen Stellen aus den verschiedenen Rechtsquellen wären jedoch nicht in den Text des Gesetzbuches selbst buchstäblich einzuschalten, sondern in einem besondern Band neben dem Gesetzbuch zu drucken, so daß sie als Nebentheil zu dessen Verständniß und Erläuterung dienen, nicht aber als Gesetz gelten. Wir hätten dann den großen Vorzug des römischen Rechts, eine Erläuterung der Bestimmungen durch praktische Entscheidungen und wissenschaftliche Bearbeitungen zu besitzen, ohne daß das Gesetzbuch wie das Römische durch eine Anzahl von abgerissenen Fragmenten überhäuft, und die nöthige Uebersicht gehindert wäre.

Damit nun die Ausführung erleichtert und beschleunigt werde, so haben die Juristen die dringende Aufgabe, die zwischen dem römischen und deutschen Recht noch bestehende Spaltung auf dem Gebiete des Privatrechts aufzuheben, und deren Grundsätze in ein einziges System, wie solches bereits bei den deutsch- und römischrechtlichen Bestimmungen des Criminal- und Civilprocesses, sowie des Criminalrechts vorkommt, vollständig zusammenzufassen [1]). Bei dieser Arbeit mag sie vor Aufnahme nicht volksthümlicher Rechtsinstitute das Beispiel des Criminalrechts und Processes, aus welchen jetzt das Volk die seiner ursprünglichen Natur widerstrebenden Elemente ausstößt, gehörig warnen. Ist aber die Einigung des römischen und deutschen Privatrechts in der Wissenschaft und Gesetzgebung vollendet, so wird der Juristenstand vorzugsweise darauf bedacht sein müssen, den dem Gesetzbuch beigegebenen Nebentheil durch

1) Vgl. auch Repertorium der Leipziger Literatur Heft 22. und Reyscher, die Einheit des gemeinen deutschen Rechts, in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. IX. Nr. X. S. 365. 369.

Urtheile und Abhandlungen noch weiter zu vervollständigen und überhaupt der Gesetzgebung die Rechtsströmungen, welche im Laufe der Zeit entstehen, regelmäßig zuzuführen. — Zugleich ist aber auch, damit nicht das Gesetzbuch im Lauf der Zeit in verschiedene Stücke auseinandergeht, und seine Erklärung und Anwendung verschieden werde, ein Organ nothwendig, welches dessen Bestimmungen authentisch interpretirt und die über dessen Inhalt entstandenen Streitfragen entscheidet.

Eine Hauptschwierigkeit für unser zukünftiges Rechtsbuch ist die Anordnung seines Systems. Denn hier ist der Ausspruch Ciceros [1], daß Niemand einen Gegenstand in ein System bringe, wenn er nicht vorher selbst genaue Kenntniß von den Regeln einer solchen Kunst besitze, zu berücksichtigen. Obgleich ich nun mir nicht anmaßen will, die Regeln dieser Kunst vollständig zu kennen, so will ich doch die Aufstellung eines Systems für das zukünftige Gesetzbuch versuchen, vorher jedoch zum besseren Verständniß auf das der vorhandenen Gesetzbücher etwas näher eingehen.

Dem römischen Gesetzbuch wird namentlich in Bezug auf die Pandekten Mangel an innerer Einheit und Ordnung vorgeworfen. Aber dieser Fehler findet in der Bestimmung Justinians: daß hauptsächlich das Gesetzbuch aus Fragmenten, welche den einzelnen Schriften der Juristen zu entnehmen sind, zusammengesetzt werde, seine Entschuldigung. Denn eine solche Zusammensetzung, welche nicht nach bestimmten Grundsätzen den vorhandenen Rechtsstoff vollständig umzugestalten erlaubt, muß häufig zu einer losen Verbindung der einzelnen Theile, und zu einer Vermischung von ungleichartigen Bestimmungen führen. Diese Ungleichheit, welche zugleich aus dem Streben, nicht allein das Privatrecht, sondern auch die übrigen Rechtstheile zu umfassen, sich erklärt, wird indessen durch die fast bei allen römischen Juristen gleiche wissenschaftliche Methode bedeutend vermindert [2]).

Dagegen herrscht in den Institutionen die Eintheilung in Personen-, Sachen- und Obligationenrecht, welches System die römischen Juristen in ihren Schriften gewöhnlich befolgen. Sie behandeln diese verschiedenen Rechtsgattungen, wobei ich die Streitfrage

1) Cicero de oratore I. c. 41, vgl. auch Albrecht a. a. O. S. 30.
2) S. auch v. Savigny a. a. O. S. 29.

über Obligationen- und Aktionenrecht übergehe, als besondere für sich bestehende Theile, von welchen jeder eine von dem andern unabhängige Stellung behauptet. Das Sachenrecht erscheint nicht als eine bloße Erweiterung der rechtlichen Fähigkeit und Thätigkeit des Individuums, nicht als bloßes Objekt seiner lebendigen Rechtssubjektivität, sondern dasselbe nimmt mit dem Personenrecht einen gleichen Rang ein. In dem Rechte der Sachen finden sich nämlich, soweit deren innere Natur und äußere Beschaffenheit solches zuläßt, ähnliche Rechtsinstitute, wie in dem der Personen. Wie z. B. im Personenrecht die Civität, die Ehre den gesammten vollen Inhalt der Rechtssubjektivität einer Person bezeichnet, wie sie in der vollkommenen Anerkennung einer Person als Mitglied des Staats besteht, welche als solche voraussetzt, daß uns der Staat die Rechtspersönlichkeit gibt, und nur er allein sie sichert, so verhält es sich in ähnlicher Weise mit dem Eigenthum im Sachenrecht, als dem Inbegriff aller Rechte an einem Objekt. Auch das Eigenthum erscheint ja als eine von der Staatsgewalt ertheilte juristische Macht, welche als die höchste Stufe der sächlichen Rechtsbildung vom Staate garantirt ist, und überall als solche anerkannt werden soll. Was ferner im Personenrecht eine Person ist, welche früher volle Ehre besaß, sie aber gänzlich verlor, das scheint im Sachenrecht eine von ihrem Eigenthümer derelinquirte aus allem juristischem Nexus herausgetretene Sache zu sein, und wie im Personenrecht verschiedene Beschränkungen und Verminderungen der Ehre, z. B. durch Infamie vorkommen, so bilden im Sachenrecht gleichsam Minutionen des Eigenthums die Servituten, das Pfandrecht u. s. w.

Eine solche Gegenüber- und Gleichstellung der verschiedenen Rechtsgattungen ist nur einem Recht, wie dem römischen möglich, welches überall sowohl Personen als Sachen den abstrakten juristischen Begriffen unterordnet, und diese als selbständig und unabhängig von ihrem Inhaber oder Objekt in der Art darstellt, daß die Person oder die Sache nicht als das schaffende rechtserzeugende Subjekt, sondern mehr als ein passiver Gegenstand, an welchem das Recht sich befindet, uns erscheint. Das römische Recht erlangt auf diese Weise die Macht, seine Begriffe scharf und genau zu bestimmen, die Gegenstände und Personen in durchgebildeten und abgerundeten Formen darzustellen, und die Grenzen zwischen Personen- und Sachenrecht so genau abzustecken, daß keines in das andere über-

geht, kein Rechtsinstitut zwischen dinglichem und persönlichem Charakter unbestimmt hin und her schwankt.

Der Code civil hat dieses System nur mit der Ausnahme angenommen, daß er den dritten Haupttheil, statt mit Obligationenrecht, mit den Worten: „von den verschiedenen Arten Eigenthum zu erwerben“ (des différentes manières dont on acquiert la propriété) bezeichnet, und hier nicht blos die verschiedenartigsten Verträge, sondern auch das Erbrecht abhandelt, eine unsystematische Auffassung, welche nicht allein von den Widersachern des Code [1]), sondern auch von denjenigen, welche ihm viele Vorzüge zugestehen, gerügt wird [2]). Obgleich der Code einen nicht geringen Theil französischer Gewohnheiten enthält, so waren diese doch principiell zu wenig wichtig, um ein eigenthümliches System nothwendig zu machen; auch ließ die Frist von drei Monaten, innerhalb welcher der Gesetzentwurf zu Stande kam, eine sorgfältigere Beachtung des Systems nicht zu. Die Unterschiede der Stände und der Grundverhältnisse, welche als zwei Hauptgegenstände nicht allein des deutschen, sondern auch des früheren französischen Rechts auf das System hätten einwirken können, waren bekanntlich durch die Revolution vollständig aufgehoben.

Das östreichische Gesetzbuch, welches nach Art der Institutionen allgemeine Rechtsgrundsätze aufstellte, hat aus diesem Grund mit der Allgemeinheit eines Institutionen-Compendiums auch dessen System im Ganzen angenommen.

Das preußische Landrecht, welches vorzugsweise das römische Privatrecht ersetzen sollte, hat sich in seinem System nicht an das römische gehalten. Diese Eigenheit wurde durch seinen Zweck, nicht allein für das Privatrecht, sondern auch für Criminal- und Kirchenrecht Bestimmungen festzusetzen, und durch die Berücksichtigung deutscher Rechtsinstitute herbeigeführt. Während die römischen Institutionen im ersten Theil von den Personen handeln, folgen im ersten Theil des preußischen Gesetzbuches nach allgemeinen Bestimmungen über Person, Sache, Handlung, Vertrag rc. (Tit. 1—9) Bestimmungen über den Erwerb des Eigenthums, über dessen sonstige Rechtsverhältnisse und über die Verträge. Diesen ersten Theil,

1) v. Savigny a. a. O. S. 66.

2) Zöpfl, über das germanische Element im Civilrecht, in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. V. Nr. V. S. 119.

welcher zwar keinen systematischen Unterschied wie das römische Recht zwischen Sachen- und Obligationenrecht macht, aber mit nur wenigen Ausnahmen römisches Recht enthält, könnte man den römischen nennen. Der zweite Theil des Landrechtes zeichnet sich, so weit er sich auf privatrechtliche Grundsätze bezieht, dadurch aus, daß er den mächtigen Einfluß, welchen im deutschen Recht die individuelle Natur der Person auf die Beschaffenheit der einzelnen Rechtsinstitute und ihre Stellung zum Rechtssubjekt ausübt, im Ganzen anerkennt. Er stellt z. B. das Handels- und Wechselrecht in den Titel, welcher von den Bürgern handelt (Thl. II. Tit. 8. Abschn. 7. 8), die Lehre von den Zehnten in den Abschnitt über die Geistlichen (Thl. II. Tit. 11. Abschn. 11); die Lehre von den Frohnen und Zinsen wird dagegen bei dem Bauernstand abgehandelt (Thl. II. Tit. 7. Abschn. 5—7. Auf diese Weise werden also Institute, welche nach römischem Recht in die Lehre von den Verträgen oder Sachen gehören würden, zu dem Personenrecht gestellt.

Nachdem durch die Grundrechte der Unterschied der Stände aufgehoben ist, und daher die Standeseigenschaft keinen Einfluß mehr auf die Stellung der Rechtsinstitute äußern kann, so werden sich die ebengedachten Anomalien künftig großentheils verlieren. Dagegen wird die Eigenthümlichkeit des alten deutschen Rechts, welches im System keinen Unterschied zwischen Sachen- und Obligationenrecht anerkennt, in dem neuen deutschen Gesetzbuch bewahrt werden müssen. Jene Eintheilung in Sachen- und Obligationenrecht beruht nämlich auf dem Uebergewicht, welches bei den Römern die Form über den Inhalt hatte. Sie beachteten mehr die Entstehungsart und den Anfang der Verträge, als ihre Wirkungen, obgleich die Verträge, wenn sie sich auf Sachen beziehen, ganz dieselben dinglichen Verhältnisse, wie sie im Sachenrecht vorkommen, herbeiführen können. Uebrigens müssen wir dankbar anerkennen, daß das römische Recht, indem es den Vertrag von seiner Entstehung an auffaßte, die innerlichen Zustände, Vorstellungen und Absichten der contrahirenden Personen, sowie die Umstände, welche bei der Entstehung eintreten können, scharf und genau zergliederte. Dem Uebergewicht der Form entsprach auch die bekannte Regel, daß zur Abschließung von klagbaren Verträgen in vielen Fällen gewisse Solennitäten nothwendig waren. Bei den Deutschen dagegen steht, wie schon die Klagbarkeit aller Verträge zeigt, der Inhalt über der Form, und

daß sie im System keinen Unterschied zwischen Sachen- und Vertragsrecht machten, zeigt die Lehre von der Gewere. Denn dieses Wort wird ja nicht nur zur Bezeichnung von solchen Verhältnissen, welche, wie z. B. das Pfandrecht in das römische Sachenrecht gehören, gebraucht, sondern es dient auch zur Bezeichnung von Rechtszuständen, welche, wie Commodat, Depositum, in der römischen Vertragslehre vorkommen. Das Wegfallen der Eintheilung in Sachen- und Obligationenrecht entspricht auch dem schon früher erwähnten vorherrschenden Einfluß der Persönlichkeit auf die Rechtsverhältnisse. Denn wenn auch früher die Macht der Immobilien mitunter die Individualität des Einzelnen unterdrückte, oder sie mit dem Grund und Boden in Eines verband, so ist doch in neuerer Zeit das Individuum von dem Einfluß des Grundbesitzes auf seine Rechtssubjektivität mit wenigen Ausnahmen befreit worden. Unter solchen Verhältnissen kann man mit Grund alles Recht Personenrecht nennen.

Daher will ich nach Angabe der zur juristischen Persönlichkeit nothwendigen Erfordernisse ein System, in welchem die Stellung der Person zu der sie umgebenden Personen- und Sachenwelt, die verschiedenen Stufen der rechtlichen Einwirkung auf dieselbe, seine größere oder geringere Abhängigkeit von derselben, der größern oder geringern Sicherheit und Dauer den Maßstab bilden, aufzustellen versuchen. Und zwar in der Weise, daß ich zuerst von dem Menschen als Person für sich, und seinem Verhältniß zum Staat handle, dann seine Beziehung zu Sachen oder Personen oder beiden zugleich erkläre.

Zuerst kommen also die allgemeinen Bestimmungen über die Persönlichkeit. Hier wäre die Streitfrage über die Vitalität durch eine Commission von sachverständigen Medicinern entscheiden zu lassen. Als entscheidender Moment aber für die Wirkungen der Todeserklärung ist der Zeitpunkt der Publikation der geeignetste; denn der Verschollene empfing von dem Staat, in welchem er vor seiner Verschollenheit war, juristische Persönlichkeit, sie muß also auch in so lange, bis sie der Staat aufhebt, anerkannt werden, und kann erst von dieser Zeit an auf andere übergehen.

Will ferner der Einzelne mit seiner Fähigkeit zur juristischen Persönlichkeit nicht gleichsam in der Luft schweben, so muß er einem bestimmten Staate angehören. Daher folgt zweitens die Lehre von der Staatsangehörigkeit, und im Gegensatz zu ihr die vom Zustande

der Fremden, an welche die Bestimmungen von der Ehre, welche ja ganz genau mit dem Staatsbürgerthum zusammenhängt, und als dessen Ausfluß erscheint, sich anschließen. Die Wirkungen des Standesunterschieds und des Religionsbekenntnisses auf die Ehre sind nun der Rechtsgeschichte anheimgefallen, und an ihrer Stelle müssen die Verhältnisse der allgemeinen deutschen staatsbürgerlichen Ehre erklärt und bestimmt werden.

Alle diese verschiedenen Lehren bilden zusammen die erste Abtheilung, welche dadurch, daß in ihr von keinem speciellen Verhältniß der Person zu Sachen oder Personen gehandelt wird, sich charakterisirt.

Als zweite Hauptabtheilung folgen solche Lehren, welche, wie die vom Besitz, Eigenthum, und von dessen unmittelbaren Erwerbsarten, zwar eine specielle Macht der Person über Sachen enthalten, aber noch nicht den Verkehr mit andern Personen nothwendig erfordern.

Die dritte Hauptabtheilung bilden solche Institute, welche zwar ebenfalls die Einwirkung der Person auf eine Sache zum Gegenstand haben, aber nothwendig zugleich die juristische Thätigkeit von andern Personen erfordern. Jedoch sind ausgeschlossen alle diejenigen Rechtsinstitute, welche, wenn sie sich etwa auf Sachen beziehen, ihrem Begriffe nach eine Ungewißheit wie Spiel, Wette, oder eine Sicherstellung, wie Hypothek, oder eine Verbindung mit andern, wie Communion, deutsche Corporation enthalten. In dieser dritten Hauptabtheilung folgen nach den allgemeinen Bestimmungen über den Verkehr und die Verkehrsmittel unter den Privaten, zuerst a) die Rechtsinstitute, welche die geringste Macht über eine Sache geben, also das Depositum, das Commodat; und hier ist wieder zu unterscheiden, ob wie z. B. bei der Pacht, Genuß der Sache verstattet ist, oder nicht. An diese Rechtsinstitute schließen sich b) andere an, welche noch nicht das volle Eigenthum in sich schließen. Den Uebergang von der ersten zu dieser zweiten Unterabtheilung bilden die persönlichen Servituten, die ihrer Ausübung nach Detention mit Genuß, ihrem Begriffe nach ein dingliches Recht sind. Als höchste Stufe dieser zweiten Unterabtheilung erscheint die Superficies, deren Natur ja dem Eigenthum am nächsten kommt. Daran knüpft sich sodann c) die dritte Unterabtheilung, welche den höchsten Grad der rechtlichen Einwirkung einer Person auf eine Sache, das wirk-

liche Eigenhum behandelt. Bei den Erwerbsarten des Eigenthums hat man zwischen Mobilien und Immobilien zu unterscheiden.

Als vierte Hauptabtheilung folgen dann im Gegensatz zu dem Vorhergehenden die Lehren, in welchen die Person nicht auf die Sache, sondern die Sache auf die Person einwirkt, so daß diese nur als Werkzeug für die Rechtskraft der Sache erscheint, wie in der Lehre von den Prädialservituten und auf der höchsten Potenz in der von den Reallasten [1]).

Während in der dritten und vierten Abtheilung die Rechtseinwirkungen der Person auf die Sache und der Sache auf die Person behandelt wurden, bilden den fünften Hauptabschnitt solche Lehren, welche die Einwirkungen einer Person auf eine andere zum Gegenstand haben, so daß die eine ihre persönlichen oder geistigen Kräfte der anderen zu Gebot stellt, und für deren Vortheil anwenden soll. Zu diesen gehört z. B. die Vermiethung der Dienste, die Verpflichtung ein Buch zu schreiben, das Mandat, die Geschäftsführung u. s. w. Das Eigenthümliche der Rechtsinstitute der sechsten Abtheilung, ist, daß sie auf ein anderes Rechtsverhältniß sich beziehen, ohne daß die Personen, zwischen welchen dieses besteht, durchaus dieselben sind. Den Uebergang zu dieser Abtheilung bildet die Assignation. Besonders aber gehört hieher die Delegation, Expromission, die Tratte, die Cession.

In der siebenten Abtheilung kommen solche Institute, zu deren Begriff gehört, daß in Bezug auf einen und denselben Gegenstand die Rechtsthätigkeit von mehr als zwei Personen vorhanden ist, und daß wenigstens von zweien die Rechtsthätigkeit entweder aktiv oder passiv in derselben Form erscheint. Zu diesen rechne ich die Solidar- und Correalobligationen.

Die achte Abtheilung begreift die Institute, welche nicht allein eine Vereinigung der Rechtsthätigkeiten mehrerer Rechtssubjekte, sondern zugleich auch eine Vereinigung von mehreren Sachen zum Gegenstand haben. Zu diesen gehören die verschiedenen Arten der Societät, die Associationen, Aktiengesellschaften u. s. w. Als höchste Spitze solcher Institute erscheint die römische Gemeinheit (universitas), welche in einer einzigen Rechtssubjektivität die Rechtssubjektivität der einzelnen Mitglieder zusammenfaßt.

1) Vergl. auch Reyscher, württembergisches Privatrecht, erste Ausgabe §. 230. 254.

In der neunten Abtheilung folgen dann die Arten der Rechtsthätigkeit, welche sich dadurch von allen vorhergehenden unterscheiden, daß zu ihrem Begriffe die Ungewißheit ihres Erfolgs gehört, z. B. Spiel und Wette. Ihren Gegensatz bilden in der zehnten Abtheilung die Rechtsinstitute, welche wie Hypothek, Bürgschaft, Assekuranz, den Zweck haben, den Erfolg wo möglich zu sichern, und das Vermögen der Einzelnen zu bewahren.

Während ein großer Theil der bisher angeführten Rechtsverhältnisse zwar durch den Verkehr mit den Sachen entsteht, aber nicht denselben zum Zweck hat, so folgt in der eilften Abtheilung das Handelsrecht, welches sich ausschließlich mit dem Verkehr beschäftigt.

Die zwölfte Abtheilung handelt von solchen Rechtsinstituten, in welchen sich nicht eine einzelne Thätigkeit der Rechtssubjektivität geltend macht, sondern die, wie Ehe, väterliche Gewalt, Vormundschaft der gesammten Rechtssubjektivität der Personen nebst ihrem Vermögen mehr oder minder in Anspruch nehmen, und nicht allein auf rechtlichen, sondern auch auf sittlichen und physischen Gründen beruhen.

Im dreizehnten Haupttheil folgt die Lehre vom Erbrecht, mit Grund als die letzte. Denn, während fast alle übrigen Institute, vorzugsweise die des vorhergehenden, erlöschen, wenn der Träger der Rechtssubjektivität stirbt, kommen im Erbrecht diejenigen Rechtsverhältnisse vor, welche erst nach dem Tode der physischen Person wirken und wirken sollen.

XIV.

Die Entstehung und Fortbildung der Jury auf englischem Boden [1]).

Von

R. Köstlin,

Professor in Tübingen *).

Nichts ist oberflächlicher und verwirrender, als wenn man, um die Entstehung der Jury zu erklären, auf das altdeutsche Volks- oder Schöffengericht oder gar auf die Volksgerichte der alten Welt zurückgeht.

Das ganze Princip des germanischen Beweisrechts, worauf die Jury beruht, ist so entschieden nur in der modernen Weltanschauung begründet, und steht in so geradem Widerspruch mit dem Prinzip der antiken Weltanschauung, daß jeder Vergleich mit dem antiken Recht, der über die Aeußerlichkeit hinausgeht, ebenso nichtssagend, als verkehrt erscheint.

Aber auch der Zusammenhang mit dem germanischen Volksgerichte, obgleich ein solcher stattfindet, ist doch im Mindesten nicht geeignet, das Wesen der Jury zu erklären. Mit jenem hat diese eben nichts gemein, als das freilich sehr gewichtige Moment der Theilnahme des Volks an der Rechtspflege. Indessen auch hier hinkt die Vergleichung. Denn im germanischen Alterthum floß die richtende Thätigkeit des Volks aus der republikanischen Verfassung; und

---

1) Die nähere Entwicklung und Beweisführung s. in meiner so eben erschienenen Schrift: der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im 19. Jahrhundert. Tübingen 1849.

*) Dieser Aufsatz beabsichtigt, die Frage über den Ursprung der Jury, welche im 10. und 11. Band dieser Zeitschrift von Dahlmann und Biener behandelt ist, zum Abschluß zu bringen, und wird deßhalb den Lesern gewiß willkommen sein. Red.

dazu aus einer sehr unentwickelten Gestalt dieser Verfassung; auch richtete das Volks- und Schöffengericht gerade nicht über die Thatfrage, sondern über die Rechtsfrage. Dagegen setzt die Jury ein rechtsgelehrtes Gericht voraus, an dem sie nur Theil nimmt, und dadurch Theil nimmt, daß sie die Thatfrage entscheidet. Es ist nun freilich wahr, daß die Jury das Moment des demokratischen Antheils an einer andern reifer entwickelten Verfassung, daß sie die höher gebildete Form für die organische Theilnahme des Volks an der Rechtspflege ist. Allein dieselbe unmittelbar aus dem alten Volksgericht ableiten zu wollen, ist schon deßhalb ungerechtfertigt, weil ein Institut, das eine schon reich entwickelte Kultur voraussetzt, (weßhalb es auch unsre Zeit verlangt,) unmöglich ein unvermitteltes Erbstück eines kindlichen Urzustands seyn kann, besonders wenn man sich vollends, wie unsre unhistorischen Juryritter gewöhnlich thun, diesen Urzustand mit Rogge's phantastischen Farben ausmalt.

Wäre dem aber auch nicht so: in keinem Fall könnte doch die Ableitung aus Volks- und Schöffengericht irgendwie die spezifische Natur der Jury zu erklären dienen, die in ganz andern Erörterungen gesucht werden muß. Der einzige, nicht der Trivialität zu beschuldigende Versuch dieser Art ist der von Philipps gemachte und von J. Grimm gebilligte. Hiernach wird die Jury von einer Ineinsbildung des Schöffeninstituts mit dem Eidhelferinstitute abgeleitet, womit in der That ganz der richtige Weg betreten war. Aber, abgesehen von Anderm, leidet diese Erklärung schon an dem großen Uebelstande, daß gerade in England das Institut der Schöffen nicht nachgewiesen werden kann. Inwiefern gleichwohl dieser und andern Erklärungen eine relative Richtigkeit nicht abgesprochen werden kann, wird weiter unten angedeutet werden.

Nicht minder einseitig ist es ferner, wenn mehrere tiefergehende Forscher neuerdings die Ansicht aufgestellt haben, daß die Jury nicht als Gericht, sondern nur als Beweismittel aufgefaßt werden dürfe. So gewiß sie damit ganz auf dem rechten Wege waren, ebenso gewiß sind sie auch weit über das richtige Ziel hinausgeschossen. Denn allerdings sind die Geschwornen zuerst als Beweismittel aufgetreten, aber mit der Zeit sind sie zu wirklichen Richtern der That geworden; ja gerade die nordischen, auf die man für jene Ansicht so großes Gewicht gelegt hat, sind sogar noch zu Richtern des Rechts geworden, was aber zu ihrem Untergang mit beigetragen hat.

Von verschiedenen Seiten her hat man es sich in der That viel zu leicht mit der Erklärung des Ursprungs der Jury gemacht. Vielmehr ist dieß eine lange und inhaltschwere Geschichte. Und welcher Besonnene wird es auch im Ernste anders erwarten, wenn er über den Organismus des Strafverfahrens nachgedacht und die Stellung der Jury darin als eine durch sehr viele Voraussetzungen vermittelte erkannt hat? Wahrlich, wenn sie etwas so Einfaches, so Rohes wäre, wie es sich Viele denken, so wäre es nicht der Mühe werth, daß das deutsche Volk in so saurem Kampfe darum gerungen hätte. Es ist aber wohl klar, daß ein Institut, welches im wissenschaftlichen Organismus des Strafverfahrens die Krone der komplicirtesten und am reichsten abgestuften Gedankenentwicklung, der genauesten Unterscheidung der darin vorkommenden besondern Thätigkeiten bildet, auch geschichtlich nicht nur eben so vom Himmel gefallen sein kann.

Die Aufgabe jedes peinlichen Gerichts ist es, zu ermitteln, ob ein Verbrechen begangen sei, und über den Schuldigen die gesetzliche Strafe auszusprechen. Das Urtheil enthält also zweierlei: den Ausspruch, daß einem bestimmten Individuum eine verbrecherische Handlung zur Schuld zuzurechnen sei, und die Bestimmung der dadurch verdienten Strafe. Wenn man jenes die Thatfrage, dieß die Rechtsfrage nennt, so ist dieß freilich verkehrt, falls man damit behaupten will, die Thatfrage enthalte keine rechtlichen Momente, und umgekehrt. Dessenungeachtet kann nicht geläugnet werden, daß beiderlei Entscheidungen von wesentlich verschiedener Natur sind, indem die eine vorzugsweise eine juristische Operation, die andre dagegen eine nicht vorzugsweise juristische, vielmehr, wenn auch nicht ohne Rechtsbegriffe, so doch nicht durch diese, sondern durch Logik und Psychologie zu vollziehende Operation ist. Es ist nun weder unmöglich, noch schlechthin verdammlich, Einem Organ beide Funktionen zu übertragen. Wo Volksgerichte bestehen, sind ungelehrte Richter dieses Eine Organ. Dagegen in der römischen Kaiserzeit und im deutschen und französischen Prozeß bis zur Revolution waren es gelehrte Richter. Allein Niemand wird auch in Abrede ziehen können, daß eine Vertheilung beider Funktionen in verschiedene, wenn gleich zusammenwirkende Organe einer reiferen Organisationsstufe entspricht, als das Gegentheil. Wenn hiemit die Zusammensetzung des Gerichts aus zweierlei Elementen gegeben ist, deren eines als rechtsgelehrtes,

das andre als ein aus allen Klassen der Gesellschaft hervorgerufenes, nur durch den Besitz allgemeiner Bildung bedingtes erscheint, so vermittelt sich darin die Idee des Volksgerichts mit der des gelehrten Gerichts: die Einrichtung wird sich daher die Vortheile beider aneignen können, ohne den Mängeln zu verfallen, die mit ihrer Einseitigkeit nothwendig verbunden sind.

Wir begegnen hier sogleich einem wichtigen Unterschiede zwischen der römischen und der germanischen Rechtsentwicklung. Die römische Geschichte kennt nur das Eine oder das Andre: unter der Republik Volksgerichte, unter der Kaiserregierung gelehrte Gerichte. Das germanische Recht dagegen ist zwar, wo es vom romanischen Einflusse überwältigt wurde (in Deutschland und Frankreich), derselben Einseitigkeit verfallen (obwohl selbst hier in dem Institut der stummen Schöppen, Gerichtsbeisitzer und dergl. eine Erinnerung an die alte Ansicht von der Nothwendigkeit der Betheiligung des Volks bei der Rechtspflege stehen geblieben ist); wo aber die nationale Rechtsentwicklung von jenem Einflusse sich frei zu erhalten wußte, wie in England und im scandinavischen Norden (bis zum 16. Jahrhundert), da hat sie regelmäßig zu der gedachten Vermittlung geführt. Es ist darum nur der germanische Instinkt, der zu Ende des vorigen Jahrhunderts in Frankreich und jetzt in Deutschland so energisch nach der Einführung dieser Einrichtung verlangt hat, die ebenso sehr als Errungenschaft germanischer Rechtsbildung, wie als ein wesentliches Stück höherer, anderen Nationen mittheilbarer Civilisation überhaupt gelten muß.

Dieß ist in neuester Zeit wohl allgemein anerkannt; aber es fragt sich: wie kommt das germanische Recht zu dieser Trennung der gerichtlichen Funktionen? Die Antwort hierauf liegt weniger am Wege. Die Römer, Virtuosen in der Rechtsbildung, haben das Bedürfniß dazu nicht empfunden. Woher nun dasselbe bei den Germanen?

Zur Beantwortung dieser Frage ist eine weitere Unterscheidung zu machen, und zwar innerhalb des Urtheils über die sogen. Thatfrage. Im römischen Prozesse sehen wir dieses Urtheil sowohl über das Aeußere als über das Innere der That dem gelehrten Gerichte zustehen, und vorbereitet wird dasselbe durch lauter Beweismittel, welche (das Geständniß ausgenommen) durchaus nur über den objektiven Thatbestand Kunde geben können, so daß es den Richtern

überlassen bleibt, durch Reflexion über dieses objektive Material den Schluß auf das Innere der That, die verbrecherische Schuld selbst zu ziehen. Jedenfalls wird dem Geständniß kein besonderer Werth beigelegt, sondern dasselbe mit den übrigen Beweismitteln ganz auf gleiche Linie gestellt. Umgekehrt finden wir im ältern germanischen Rechte eine ganz andere Ansicht über das Material, welches dem Richter behufs seines Spruchs zu liefern ist. Weit entfernt, daß das altgermanische Gericht schon dazu fortgeschritten wäre, das Urtheil über die That und die Rechtsfrage in sich zu vereinigen, begnügte es sich vielmehr vorerst nur mit der letzteren, und erscheint mit dieser einfachen Aufgabe als tief unter dem Reichthum der Thätigkeit des römischen Gerichts stehend.

Wir müssen daher im altgermanischen Prozesse die Entscheidung der Thatfrage außerhalb des Gerichts suchen, wenn auch nicht in der schroffen Weise, wie es gewöhnlich ausgesprochen wird. Die herkömmliche Meinung ist nämlich, das germanische Gericht sei nur rechtweisend gewesen; der Beweis sei ihm stets nur von den Partheien geliefert worden, und die Resultate dieser Beweisführung hätten für das Gericht formell bindende Kraft gehabt, so daß mit ihnen die Entscheidung der Thatfrage von selbst gegeben gewesen sei. Dieß ist jedoch weder ganz richtig, noch geht es der Sache auf den Grund.

Richtig ist es nicht, weil dabei das wichtigste Stück des germanischen Prozeßrechts, nämlich das Gemeinde- oder Gerichtszeugniß ganz übersehen wird. Wenn nämlich die Gemeinde (das Gericht) selbst sah und hörte, so fiel alle Beweisführung weg, und eben dieß war der Fall, wo der Angeklagte seine Schuld gestand: der Kreis der Beweisfälle wird daher enger gezogen werden müssen.

Ungründlich ist aber die gewöhnliche Ansicht, weil sie die Ursache der eigenthümlichen Erscheinung nicht erkennt, oder etwa nur in der Rohheit der alten Germanen findet. Die Ursache liegt jedoch tiefer; sie liegt in dem Punkt, worin sich die germanische Weltanschauung von der antiken als eine vertiefte unterscheidet, — in dem Bedürfniß nämlich, für ein Straferkenntniß nicht nur objektive, sondern auch subjektive Wahrheitsgarantieen zu haben, und deßhalb nicht nur das Aeußere der That, sondern auch ihr Inneres, die Schuld, zur Beweisfrage zu machen. Es genügt der germanischen Anschauung nicht mehr an Beweismitteln von objektiver Natur, um

aus diesen sofort auf die Schuld zu schließen; sie geht vielmehr von dem Bruch zwischen der realen und idealen Welt aus und fordert, daß das Innerliche der verbrecherischen That durch Beweismittel von ebenso innerlicher (subjektiver) Natur vermittelt werde. Daher der absolute Werth, den das germanische Recht auf das Selbstsehen und Hören des Gerichts und auf das freie Geständniß des Schuldigen legt. Daher deßgleichen die eigenthümliche Art der Beweisführung in den übrigen Fällen, durch den Eid der Genossen und das Gottesurtheil. Es ist durchaus falsch, wenn man meint, das germanische Recht habe auf das Hauptbeweismittel des römischen, das materielle Zeugniß, gar keinen Werth gelegt; es hat ihm nur keine für sich entscheidende Kraft beigemessen, vielmehr immer noch weiter eine unmittelbar das Gewissen bestimmende Garantie durch den eidlichen Ausspruch freier Männer oder den Ausspruch der Gottheit verlangt.

Fragen wir nun nach den spezifischen Grundgedanken dieses Rechts, so sind es die beiden: daß die Beweisführung nicht mit der Herstellung des objektiven Thatbestands, und die Entscheidung der Thatfrage nicht mit der logischen Operation des Schlusses aus den Ergebnissen dieser objektiven Beweisführung abgethan sei.

Allerdings erscheinen diese Gedanken im ältesten germanischen Recht noch in sehr unentwickelter Gestalt. Denn einerseits sehen wir der materiellen Grundlage für die Gewissensüberzeugung noch keineswegs ihr volles Recht geschehen, und die entscheidenden Beweismittel gehören einer noch niedrigen Kulturstufe an; andrerseits eignet sich, wie gesagt, das Gericht noch keineswegs die Entscheidung über die Thatfrage zu, wo nicht handhafte That (Gerichtszeugniß) vorliegt, sondern überläßt diese der Beweisführung der Parteien, durch deren Ergebniß es sich formell gebunden betrachtet. In beiden Beziehungen scheint das germanische weit hinter dem römischen Recht zurückzustehen. Aber dieser Schein ist nur für den oberflächlichen Betrachter vorhanden. In Wahrheit stellt sich vielmehr das germanische Recht als das tiefere und reichere dar. Weit entfernt, die Beweismittel des römischen Rechts auszuschließen, war es vielmehr geeignet, sie als Glied eines umfassenden Systems in sich aufzunehmen, indem es dieselben zur Grundlage für den Wahrspruch der Geschwornen machte. Seit dann eben der Gebrauch aufkam, von den Geschwornen keine materielle Wissenschaft zu verlangen, sondern ihnen derlei Beweismittel vorzulegen, wurden sie aus Beweisenden

zu wahren Richtern der That erhoben, und so jener volle Begriff des germanischen Gerichts hergestellt, den das römische Recht nicht aus sich zu erzeugen wußte.

Von diesem Punkte aus erledigt sich denn auch die so vielfach bis auf die neueste Zeit mißverstandene Frage, ob die Jury nicht nur das politisch, sondern auch das kriminalistisch reifere Institut sei, ganz einfach. So gewiß nämlich die Beweisführung im Juryprozesse die inhaltsvollere, nicht blos durch objektive Beweismittel, sondern zugleich durch die Gesammtanschauung der lebendig reproduzirten That und ihren Eindruck auf das Gewissen sich vollziehende ist, und so gewiß die organische Gliederung der richterlichen Funktion einen Fortschritt gegenüber der Ueberlassung derselben an ein einziges Organ darstellt: so gewiß muß der Juryprozeß gegenüber von dem Verfahren vor einem blos juristischen Gerichte als die vollkommenere Gestaltung der Idee anerkannt werden.

Der Ursprung der Jury liegt mithin im Beweisverfahren. Indem wir nun hinsichtlich des Einzelnen hier ganz besonders auf das oben angeführte Werk (der Wendepunkt rc.) verweisen müssen, stellen wir in Folgendem die Hauptmomente kürzlich zusammen.

Der wesentliche Mangel des ältesten Beweissystems bestand in der Vernachläßigung der objektiven Wahrheitsgarantieen; jeder Fortschritt mußte daher darauf gerichtet sein, die letzteren, insbesondere den materiellen Zeugenbeweis, zur Anerkennung zu bringen. Zu diesem Zweck, möchte man auf den ersten Blick meinen, wäre das einfachste Mittel die Annahme des römisch-kanonischen Beweisrechts gewesen. In der That hat auch in Deutschland und in Frankreich das germanische Recht sich endlich zu dieser Selbstentäußerung bequemt, doch auch dann nicht, ohne einen Rest seiner Eigenthümlichkeit, freilich in äußerster Verkümmerung, sich zu bewahren. Allein es bedurfte der Zusammenwirkung sehr verschiedener ungünstiger Umstände, bis das kontinental-germanische Recht dazu kam, dieser Selbstentäußerung nicht mehr auszuweichen zu können. Die trefflichen Darstellungen von Albrecht, Plank, Jolly haben hinlänglich nachgewiesen, wie schwer sie den Deutschen ankam. Bei den von romanischem Einflusse unberührten Stämmen konnte daher noch viel weniger von einer solchen radikalen Vertauschung der subjektiven Wahrheitsgarantieen (Eid, Gottesurtheil) gegen objektive (materiellen Zeugenbeweis) die Rede sein. Bei ihnen konnte es sich nur da-

von handeln, letztere zu größerer, nie aber zu allein entscheidender Geltung zu bringen. Auch stellt man sich meist den Uebergang vom altgermanischen zum römisch-kanonischen Beweissystem viel zu einfach und leicht vor, eben weil man von dem Prinzip des ersteren keine Ahnung hat.

So gewiß es ist, daß man sich bei dem Beweise durch Eidhelfer und durch Gottesurtheil auf die Dauer nicht beruhigen konnte, weil die Eideshilfe auf einer untergehenden gesellschaftlichen Verfassung beruhte, und der Glaube an das Ordal dem Fortschritt der Civilisation weichen mußte: so unmöglich war es doch, ohne romanischen Einfluß zur Anerkennung der Selbstgenügsamkeit des materiellen Zeugnisses zu gelangen. Denn abgesehen von dem subjektiven Grundprinzip des germanischen Beweisrechts, stand dem Zeugenbeweise der germanische Grundsatz entgegen, daß kein freier Mann anders als durch einen ihm Ebenbürtigen überzeugt werden könne. In Strafsachen ist aber natürlich die Möglichkeit von Zeugen dieser Art eine zufällige und selten eintretende, und der Zeugenbeweis, wenn er irgend eine bedeutsame Rolle im Prozeß spielen soll, erträgt eine solche Fessel nicht. Dessenungeachtet schloß ihn das germanische Recht keineswegs so ganz aus, wie die Meisten meinen: selbst in Strafsachen nicht. Es ließ ihn nur nicht für sich entscheiden, wohl aber hatte eine Partei, die Zeugen für sich stellen konnte, den Vortheil, daß nun der Gegenpartei der Beweis bedeutend erschwert wurde. In bürgerlichen Sachen aber hatte der Zeugenbeweis natürlich einen bedeutenderen Spielraum, da hier kein Hinderniß entgegenstand, zu Rechtsgeschäften freie Volksgenossen als Urkundspersonen beizuziehen, deren Ausspruch sofort im Prozesse für sich entscheiden konnte, indem es sich nur um das Mein und Dein, nicht um Leben, Freiheit und Ehre handelte. Außerdem war in bürgerlichen Rechtssachen das Nachbarzeugniß im Gebrauch, welches als eine Abzweigung des Gemeindezeugnisses zu betrachten ist. Aber Nachbarzeugen, wie gewählte Zeugen, fanden im Strafverfahren keine Stelle; nur, wo bei handhafter That das Zeugniß der Gemeinde eintrat, funktionirten die Schreileute des Klägers zugleich als materielle Zeugen im weitern Sinn, aber auch eben nur in diesem. Denn so lange das Zeugnißgeben vom Erfordernisse der Ebenbürtigkeit abhieng, konnte man es nicht streng damit nehmen. Daher finden wir auch im späteren Mittelalter in Deutschland noch einen sehr vagen Begriff von Zeugen, sofern von ihnen keineswegs immer eigene

sinnliche Wahrnehmung, sondern oft eine sehr vermittelte materielle Kunde von dem Sachverhalt verlangt wird.

Eben dieser vage Begriff vom Zeugniß erleichterte nun die Entstehung des Begriffs der Geschwornen, die nichts anders sind, als solche Zeugen im weiteren Sinn, denen zugleich die Function von Eidhelfern übertragen ist, ein Beweismittel, welches die objektive und die subjektive Garantie der Wahrheit in sich vereinigt. Nur freilich brauchte diese Idee, bis sie vollkommen verwirklicht wurde, eines ziemlich langen Entwicklungsprozesses, weil eine weitere Schwierigkeit noch in dem konstanten germanischen Rechtsgrundsatze lag, daß immer nur Eine Partei und zwar der Angegriffene (im Strafprozesse daher der Angeklagte) zu beweisen berechtigt und verpflichtet sei, welcher Beweis aber eben mittelst Eideshilfe und Gottesurtheil geliefert wurde. Dieses Beweisrecht des Angeklagten war nur bei handhafter That ausgeschlossen: der Kläger konnte es, und nicht bei allen germanischen Stämmen, nur dadurch ausschließen, daß er sich zum Zweikampfe erbot, d. h. ein beiden Parteien gemeinschaftliches Beweismittel erwählte.

Nun ist es es wohl keineswegs zu bezweifeln, daß man, so lange das alte Beweissystem bestand, sowohl dem Eidhelferschwur, als dem Gottesurtheil, namentlich aber dem Zweikampf in gutem Glauben die Eigenschaft, auch die materielle Wahrheit zu offenbaren, beimaß. Dieses Vertrauen ward denn auch dem Zweikampfe noch zu einer Zeit bewahrt, wo man sich gegen den reinen Eidhelferbeweis und die eigentlichen Ordalien bereits sehr skeptisch verhielt. Es ist deßhalb sehr bemerkenswerth, daß solche germanische Stämme, welche den Gebrauch des Zweikampfs hegten und pflegten, nicht zur Entwicklung des Geschworneninstituts gekommen sind.

Das Bedürfniß, welches zu diesem führte, empfanden indessen alle auf gleiche Weise, wenn auch zu verschiedenen Zeiten. Es stellte sich ein, sowie sich mit der Umwandlung der gesellschaftlichen Organisation die alte Grundlage des Eidhelferinstituts und das Vertrauen auf den Eidhelferbeweis verlor, so wie sich durch steigende Bildung oder durch den Einfluß der Kirche die Ordalien um den alten Kredit gebracht sahen. Alle thaten auch zunächst die gleichen Schritte zur Befriedigung des Bedürfnisses, und insbesondere gieng die Entwicklung des deutsch-französischen Rechts unter den Karolingern noch durchaus parallel mit der des englischen. Aber es

kam ein Punkt, wo beide sich trennten, und die Ursache dieser Trennung lag zumeist in der Verschiedenheit der Gestaltung der politischen Verhältnisse.

Die Erscheinungen, die man gleichmäßig in allen germanischen Rechtsgeschichten antrifft, sind: eigenthümliche Umgestaltung des Eidhelferinstituts, Modifikationen des Zeugenbeweises, und zwar beides im Zusammenhang mit dem Bestreben, dem Untersuchungsprinzip (d. h. dem Grundsatz der Verfolgung der Verbrechen von Staatswegen) größere Geltung zu verschaffen. Sieht man von Island und Norwegen ab, weil es hier noch an einer völlig zuverläßigen Kunde der Verhältnisse fehlt, so stimmen wenigstens das schwedische und dänische Recht mit dem englischen und fränkischen Recht im Wesentlichen überein. Ueberall begegnet man dem Bestreben, den Eidhelferbeweis zu beschränken, und ihm neue Garantieen im Interesse der Ermittlung des materiellen Sachverhalts zu verleihen. Ersteres geschieht durch Erweiterung des Begriffs der handhaften That oder, was damit zusammenhängt, dadurch, daß man in Fällen, wo nicht alle Erfordernisse der Handhaftigkeit vorliegen, dem Privatzeugnisse die Macht einräumt, den Gegner zu einem stärkeren Beweise, zu einem erschwerten Gesammteid oder Gottesurtheil zu nöthigen, oder auch wohl ihm das Beweisrecht zu entziehen und dasselbe auf die durch Zeugen unterstützte Parthie überzutragen. Letzteres geschieht, indem man eine größere Zahl von Eidhelfern fordert, oder indem man deren Stellung nicht mehr dem Sachführer allein überläßt, sondern dem Gegner oder dem Gerichte einen größern oder geringern Antheil daran einräumt, womit denn das Weitere zusammenhängt, daß bei der Wahl der Eidgenossen nicht nur auf die Bürgschaft der ehrenhaften Persönlichkeit, sondern auch auf die vermuthete eigene Wissenschaft um den materiellen Sachverhalt Rücksicht genommen wird. Es leuchtet von selbst ein, daß hiedurch das Eidhelferinstitut dem Zeugeninstitute genähert wurde. Nur ist es ein Mißverständniß, wenn mehrere neueren Forscher in solchen ernannten Eidhelfern schon wahre Geschworne finden, da doch nur der Keim für diese darin liegt.

Andererseits war nun der weite Zeugnißbegriff des germanischen Rechts gar sehr geeignet, in Vermittlung mit dem Eidhelferinstitute gebracht zu werden. Wie schon bemerkt, stand das Zeugniß vorzüglich nur in der Form des Gemeindezeugnisses in Ansehen und

Geltung, und schon deßhalb konnte von dem strengen Erfordernisse der eigenen sinnlichen Wahrnehmung bei dem Einzelnen nicht die Rede sein. Ueberall, wo die Entwicklung des germanischen Rechts ungetrübt durch fremden Einfluß fortschritt, sehen wir darum keineswegs eine Fortbildung in der Richtung auf die Emanzipation des Privatzeugnisses (wie diese in Deutschland und in Frankreich im Mittelalter eintrat), vielmehr herrscht durchaus die Idee des Gemeindezeugnisses vor und das Bestreben geht nur dahin, die Fälle dieses Zeugnisses zu erweitern. Hierher gehören die ernannten Zeugen für bürgerliche Rechtssachen, die wir ebenso in den Gesetzen der Karolinger wie in denen der angelsächsischen Könige finden, d. h. von der Staatsgewalt einmal für allemal ernannte Notable. Diese Notablen wurden entweder zu Rechtsgeschäften hinzugezogen, um bei entstandenem Streit Zeugniß zu leisten, d. h. die Thatfrage zu entscheiden; oder auch man ernannte Notable, die vom Richter im besondern Fall zugezogen wurden, um über einen gemeinkundigen Punkt einen Wahrspruch abzugeben. Es ist von selbst klar, wie nahe solche ernannte Zeugen mit den zuvor erwähnten Eidhelfern sich berührten, besonders wenn den Parteien in beiden Fällen das Rekusationsrecht freigegeben war. Nur ist es wiederum irrig, wenn man hie und da in solchen ernannten Zeugen schon wahre Geschworne sehen will. Wären ernannte Eidhelfer und Zeugen Geschworne, so hätte Deutschland und Frankreich unter den Karolingern bereits eine Jury gehabt. Allein ehe von einer Jury die Rede sein konnte, mußte erst aus Zeugen und Eidhelfern ein Drittes, ein Neues sich gebildet haben, das beides zugleich und keines von beiden war. Es ist wahrscheinlich, daß die Rechtsbildung in Island und Norwegen diesen Punkt ebenso wenig überschritten hat, als die deutsche und französische, daher denn auch in jenen nordischen Ländern die sogenannten Geschwornen (die Gerufenen, Nachbarschaftszeugen) zu bloßen Gerüchtszeugen, Zeugen von Hörensagen herabsinken konnten.

In der Natur der Sache liegt es, daß die beiden gedachten Umwandlungen in genauem Zusammenhang mit dem Streben nach stärkerer Geltendmachung des Untersuchungsprinzips und seiner Richtung auf Ermittlung der materiellen Wahrheit stehen. Hier ist aber wieder ein Punkt, auf dem sich die reingermanische Rechtsentwicklung sehr von der unter romanischem Einflusse vor sich gehenden abscheidet. Nur muß man vorerst das Mißverständniß beseitigen, als

ob das germanische Recht überall das Untersuchungsprinzip nicht aus sich selbst entwickelt hätte, als ob ihm vielmehr das Anklageprinzip eigen und jenes nur durch den Einfluß der Kirche und der romanistischen Wissenschaft, beziehungsweise durch eine tyrannische Staatsgewalt aufgedrungen worden wäre. Wir sehen es im Gegentheil für ausgemacht an, daß das Untersuchungsprinzip (das man nur freilich nicht mit dem entarteten Untersuchungsprozeß verwechseln muß, der seit dem Ende des Mittelalters Frankreich und Deutschland beherrscht hat,) der Idee des germanischen Rechts und Staats so zu sagen in Fleisch und Blut lag. Allein die Verwirklichung dieses Prinzips war auf zwiefache Weise möglich, indem entweder das Beamtenthum, oder indem die freie Gemeinde zum Organ desselben gemacht wurde. Den erstern Weg hatte schon das römische Recht in der Kaiserzeit eingeschlagen. Was aber hier nur unvollendete Reform geblieben war, das wurde von der Kirche mit prinzipieller Systematik durchgeführt in dem von Innocenz III. ausgebildeten Inquisitionsprozeß, der in Frankreich durch Gesetzgebung, in Deutschland durch Wissenschaft und Praxis auch in das weltliche Recht übergieng. Wo dagegen das germanische Recht sich in seiner Eigenart fortbilden durfte, da wurde der andere Weg eingeschlagen. Dieß geschah indessen auch nicht ohne die fördernde Theilnahme der Kirche, die mit ihren aus den kirchlichen Visitationen hervorgegangenen Sendgerichten sich der germanischen Sitte anschloß und für sie Vorbild wurde. Ueberall wo nun Kirche und romanischer Einfluß zur Vorherrschaft kam, ward das volksthümliche Rügeverfahren bald mit dem auf dem Beamtenthum ruhenden Untersuchungsprozeß vertauscht. Wo dagegen das nationale Recht gehörige Widerstandskraft behielt, da blieb die volksthümliche Form der Rüge durch die Gemeinde in Geltung und wurde zur Grundlage für die Entwicklung der Jury in Strafsachen.

Indessen genügten alle bisher namhaft gemachten Elemente noch nicht, um dieses Institut in seiner vollen Lebenskraft hervorzubringen. Vielmehr bedurfte es dazu noch weiterer, aus politischen Konjuncturen sich ergebender günstiger Umstände, wie sie in vollem Maße nur in England ins Leben traten. Der erste entscheidende Schritt lag jedenfalls in der schon angedeuteten Vermittlung des Eidhelfer- und des Zeugenbeweises, wobei man nur eben den Begriff des germanischen Zeugnisses und seine wesentliche Form als Gemeindezeugniß

wohl im Auge behalten muß. Indem die Eidhelfer nicht mehr allein vom Sachführer, sondern durch ihn in Gemeinschaft mit dem Gegner oder durch das Gericht ernannt wurden, waren sie allerdings der Form nach bereits aus einem einseitigen zu einem gemeinschaftlichen Beweismittel geworden. Aber auch nur der Form nach; denn die Eidhelfer erscheinen immer noch blos als Anhängsel des Sachführers. Sie durften nur für ihn, nicht gegen ihn schwören: blos mittelbar konnten sie ihn sachfällig machen, indem sie ihm ihren Mitschwur verweigerten. Dagegen ist das Zeugniß seiner Natur nach ein gemeinschaftliches Beweismittel, weil es die Ermittlung der materiellen Wahrheit zum Princip hat. Daher war es von der größten Wichtigkeit, wenn der Eidhelferbeweis die Natur des Zeugenbeweises annahm, wenn den Zeugen die Funktionen der Eidhelfer zugetheilt wurden, da es von diesem Augenblicke an sofort Eidhelfer gab, welche ihren Sachführer ebensowohl schuldig als unschuldig schwören konnten. Solche Eidhelfer sind aber, wie schon Rogge richtig gesehen hat, Geschworne. Nur stellt sich Rogge den Uebergang zu leicht und einfach vor.

Wir haben hier den Punkt, bis zu welchem das schwedische Recht vorgeschritten ist. Dieses steht auf dem Standpunkt, den in der englischen Rechtsgeschichte Glanvilla einnimmt. Die schwedischen Nämdemänner sind nicht mehr blos ernannte Eidhelfer wie die Ditmarsischen, welche Michelsen in gleiche Linie mit ihnen stellt: sie sind aber auch nicht bloße Zeugen. Sie sind vielmehr ein Drittes aus Beiden. Sie werden aus der Hundertschaft genommen, innerhalb deren das Grundstück belegen, die That verübt ist. Man setzt bei ihnen Kenntniß der Sache und der Moralität der Partheien voraus, oder wenigstens die Möglichkeit, sich solche leicht zu erwerben, weßhalb man ihnen auch wohl Frist gestattet, um Erkundigungen einzuziehen; auch haben sie das Recht und die Pflicht, den Beklagten ebensowohl zu fällen als zu wehren. In all dem liegt der Zeugencharakter. Allein ebensosehr haben sie noch die Natur der Eidhelfer bewahrt, sofern das entscheidende Gewicht nicht auf ihre mittelbare oder unmittelbare materielle Wissenschaft von der Sache, sondern auf ihre Gewissensüberzeugung gelegt wird — ein Umstand, der erst in einem reiferen Stadium der Entwicklung in seinem ganzen Gewichte hervortritt.

Ohne Frage liegt in dieser Mischung der Zeugen- und Eidhelfer-

eigenschaft etwas Unklares und Unfertiges; aber eben deßwegen sehen wir auch das dänische und das englische Recht diesen Standpunkt überwinden, und zu einer organischen Gestaltung übergehen. Bezeichnend für die Unreife der schwedischen Rechtsbildung ist zumeist, daß hier der reine Eidhelferbeweis sich neben dem Beweise durch die Nämd erhalten hat, so zwar, daß jener für bloße Verdachtssachen (wo die Anschuldigung durch keine Bescheinigung unterstützt war) in Wirksamkeit blieb, dagegen die Nämd in solchen Fällen eintrat, wo materielle Beweise vorlagen, ohne daß doch Handhaftigkeit vorhanden war. Die Idee der Jury hat hier also den Eidhelferbegriff nicht in sich zu absorbiren gewußt. Sonderbarer Weise sieht aber Michelsen gerade diesen Mangel für das Normale an und geräth dadurch in die Lage, das Institut in seiner höheren Ausbildung mißverstehen zu müssen.

Der weitere Fortschritt mußte nun darin bestehen, daß man materielle Wissenschaft von der Sache oder Erwerbung derselben nicht mehr von den Geschwornen selbst forderte, sondern die Materialien, welche die Grundlage für ihren Wahrspruch abgeben sollten, ihnen vorlegte. Dieses Stadium der Entwicklung ist in Dänemark und in England eingetreten; daher haben auch nur hier die Geschwornen aufgehört, bloßes Beweismittel zu seyn, und den Charakter von wahren Richtern der That angenommen. Indessen ist die Ausbildung in Dänemark eine minder glückliche gewesen. Denn auch hier hat die Idee der Jury ihre Elemente, die noch neben ihr bestehen blieben, nicht völlig zu überwältigen gewußt. Die Geschwornen haben nach einer Seite hin zu viel von Eidhelfern an sich behalten und daher ihre Eigenthümlichkeit gegenüber von diesen nicht gehörig zu entwickeln vermocht; nach der andern Seite hin haben sie die Eidhelfernatur zu sehr von sich abgethan (daher namentlich auch die nordischen Rechte das Erforderniß der Einstimmigkeit der Geschwornen nicht kennen), und zuviel von der Natur der deutschen Schöffen angenommen, weßhalb denn dem Institut ein demselben nicht angemessener juristischer Charakter, förmliche Beweistheorie, Aktenmäßigkeit, Instanzenzug u. s. f. beigemischt und hiedurch seine natürliche Entwicklungsfähigkeit geraubt wurde. Dieses Schwanken zwischen verschiedenen Prinzipien und Formen zeigt sich namentlich darin, daß das dänische Recht mehrere verschiedene Arten von Geschwornen kennt, solche, die je für den

einzelnen Fall von den Partheien ernannt, andere, die jährlich von der Hundertschaftsgemeinde gewählt werden, endlich solche, welche der König lebenslänglich bestellt. So giengen wesentliche Momente, namentlich das Rekusationsrecht, die bestimmte Scheidung der Thatund Rechtsfrage, die Idee der Gemeindevertretung, die mündliche Verhandlung ꝛc. verloren. Die Geschwornen wurden über ihren natürlichen Begriff hinaus zu wahren Schöffen erhoben, und eben dadurch, gleich den deutschen Schöffen, unfähig gemacht, den Eingriffen des Beamtenthums in der Rechtspflege zu widerstehen. Fragen wir aber nach dem tieferen Grunde, welcher das englische Institut vor diesem Verkommen bewahrt hat, so können wir ihn nur darin finden, daß die Jury in England ihre natürliche Wurzel nie verlassen, vielmehr die Idee der Gemeindevertretung stets getreu bewahrt und sich niemals eine Stellung angemaßt hat, aus welcher sie durch die höhere Bildung des Beamtenthums verdrängt zu werden Gefahr lief.

Hiernach ist die Behauptung, daß bei der Entstehung der Jury in England das politische Moment kein Gewicht gehabt, dieses vielmehr sich erst später hinzugefunden habe, durchaus irrig. Nicht minder verfehlt ist es, die englische Jury als ein aus den skandinavischen Ländern eingeführtes Institut anzusehen, vollends wenn man sie, wie Dahlmann, nicht einmal aus der allerdings analogen Nämd, sondern aus dem rechtweisenden Gerichte ableiten will. Vielmehr erhellt, daß gleiche Ursachen in allen germanischen Ländern ähnliche Erscheinungen hervorgebracht haben. Es liegt nicht der mindeste Grund vor, der englischen Jury ihren einheimischen Ursprung abzusprechen; um so weniger, da es doch sehr sonderbar wäre, wenn das Institut eben nur da seine volle Reife erhalten haben sollte, wo es keine einheimische Wurzel gehabt hätte.

Nicht nur aber von skandinavischer, auch von festländischer Seite von Friesen und Franken her hat man neuerlich den Ursprung der englischen Einrichtung abzuleiten gesucht, und dieß mit dem meisten Scheine noch von der Normandie aus, weil ohne Zweifel die normännische Eroberung am Ende des elften Jahrhunders Vieles auf englischem Boden umgestaltete. Indessen sind diese Versuche nicht glücklich gewesen, und haben eher dazu dienen können, den Blick vom Wesen der Sache abzuleiten und an ihre Aeußerlichkeiten zu heften. Das Wahre, was ihnen zu Grunde liegt, ist dies, daß die An-

fänge der Bildung, als deren Krone die Jury zu bezeichnen ist, allerdings auch auf dem germanischen Festlande hervorgetreten und bis zu einem gewissen Grade herangereift sind. Allein es ist ebenso unrichtig, in ihnen schon die Jury zu sehen, als es umgekehrt unrichtig ist, dieselbe schon im angelsächsischen Rechte entdecken zu wollen. Die Wahrheit ist vielmehr, daß die allerdings sowohl im angelsächsischen als im normännischen Rechte bereitliegenden Elemente erst in dem Konflikte beider Rechte und durch diesen zu der eigenthümlichen Gestaltung, welche die Jury ausmacht, verschmolzen worden sind. Das Eigenthümliche aber, was nun diese anglo-normännische Entwicklung gegenüber den analogen skandinavischen Bildungsprozessen auszeichnet, was jedoch in seiner ganzen Schärfe nicht diesen, sondern der Entwicklung der Dinge in Deutschland und Frankreich gegenüber hervortritt: dieses Eigenthümliche sind gerade die politischen Konstellationen, unter welchen sich in England der Sieg des Untersuchungsprinzips entschied.

Was das angelsächsische Recht an Elementen enthielt, besteht in Folgendem: In bürgerlichen Rechtssachen war das Institut der ernannten Zeugen im Gebrauch, welches unter den Begriff des Gemeindezeugnisses zu stellen ist. Dasselbe wurde für die Jury wichtig, weil es die Form für sie abgegeben hat. Das gleiche Institut war auch in der Normandie gebräuchlich, wo es als ein Erzeugniß des fränkisch-karolingischen Rechts sich besser als in andern Gebieten des fränkischen Reichs forterhalten hatte. In Strafsachen ward, wo nicht handhafte That oder Geständniß vorlag, der Beweis durch Eid und Gottesurtheil geliefert. Wie anderswo, so hatte auch hier das Mißtrauen in die Zuverläßigkeit des Eides, das mit dem Verschwinden der ursprünglichen Grundlage des Eidhelfer-Instituts nothwendig entstehen mußte, zu den obenerwähnten Auskunftsmitteln der Steigerung der Zahl der Reinigungseidhelfer und der veränderten Art und Weise ihrer Bestellung geführt. Dazu kam nun aber gerade bei den Angelsachsen noch ein Weiteres, wofür sich nur im salfränkischen Volksrechte und im Rechte der Fehmgerichte Analogieen finden, — ein ganz eigenthümliches Surrogat des bei andern germanischen Stämmen gebräuchlichen Zweikampfs, bestehend in einem Eidhelferwettstreit.

Dieses bisher gar nicht gewürdigte und von Gundermann wenigstens nicht ganz treffend erörterte Moment ist sehr wichtig.

Für das Bedürfniß nämlich, dem Kläger einen Schutz gegen den Mißbrauch des Reinigungseides zu geben und zugleich dem Beweis eine größere Garantie der objektiven Wahrheit zu verleihen, war nach der Ansicht der meisten germanischen Stämme der Zweikampf ein vortreffliches Auskunftsmittel. Er war ein gemeinschaftliches Beweismittel; er beruhte auf dem germanischen Grundsatze, wornach der Freie im Beweise seine eigene Persönlichkeit einsetzte; er besaß zugleich die Natur eines Gottesurtheils und galt der Anschauung der Zeit gemäß als das natürlichste und sicherste Mittel, die materielle Wahrheit an den Tag zu bringen.

Dem angelsächsischen Rechte nun, wie den deutschen Fehmgerichten, fehlte dieses Beweismittel, das als ein Korrectiv des übrigen Beweissystems zu bezeichnen ist; darum fehlte ihm aber nicht auch das Bedürfniß, wodurch anderswo dieses Korrectiv hervorgerufen wurde. Die Lücke mußte daher anderweitig ausgefüllt werden, und man griff zu dem eigenthümlichen Eidhelferwettkampf, der in Fällen eintrat, wo es ungerecht und unzweckmäßig erschien, die Entscheidung nur auf den Eid des Beklagten und seiner Eidhelfer zu stellen, namentlich also wohl dann, wenn der Kläger seine Behauptung durch irgend welche Beweismittel zu unterstützen wußte, ohne daß doch die Erfordernisse der handhaften That vorlagen. In solchen Fällen konnte nun der Kläger seinerseits gleichfalls Eidhelfer stellen, und mit diesen den Reinigungseid des Beklagten überbieten, was dann den Erfolg hatte, daß der Beklagte jetzt unbedingt zum Gottesurtheile greifen mußte, wenn er nicht sachfällig werden wollte. Sehr natürlich bildete sich dann allmählig der Gebrauch, in solchen Fällen kein wirkliches Schwören und Ueberschwören eintreten zu lassen, sondern dem Kläger, der sich zum Ueberbietungseide anbot, sogleich den dreifachen Klageid zu gestatten, und dadurch den Beklagten zum einfachen oder mehrfachen Ordal zu nöthigen. Bedenkt man nun, daß eben unter den Klageidhelfern die solchenfalls auftraten, sich in der Regel Personen befunden haben müssen, die in engerem oder weiterem Sinne die Eigenschaft von Zeugen hatten, d. h. eigene oder mittelbare Kenntniß von dem fraglichen Vorfalle besaßen, so sieht man leicht, wie nahe die Einrichtung schon an den Begriff der Jury, wenn auch erst nur der Anklage- oder Rügejury streifte.

In der That hat aber ein eigenthümliches förmliches Rügever-

fahren dem angelsächsischen Rechte nicht gefehlt, und gerade dieses und seine innige Verknüpfung mit der Entwicklung der freien Gemeinde in England ist das wichtigste Element für die Ausbildung der englischen Jury gewesen. Die neuere Forschung hat ermittelt, daß die sogenannte Gesammtbürgschaft, aus der man lange Zeit ein allgemein germanisches Institut, ja die Grundlage aller germanischen Verfassung gemacht hatte, eben nur ein angelsächsisches Institut ist, und nur darüber bleibt Streit, welcher Charakter nun eigentlich dieser angelsächsischen Einrichtung beizulegen sei. Einige meinen: ein rein polizeilicher; allein mit Unrecht. Denn so gewiß sie allerdings ein höchst wichtiges Förderungsmittel sicherheitspolizeilicher Zwecke war, und ohne Zweifel durch solche Zwecke auch ins Leben gerufen wurde, so hat sie doch, wie Maurer neuerdings gezeigt, noch wesentlich eine andere Seite. Während nämlich überall auf dem germanischen Festlande unter dem Einfluß des Alles beherrschenden Feudalprinzips und der dadurch hervorgerufenen Ablagerung der Gesellschaft in verschiedene Stände Begriff und Wesen der gemeinen Freiheit und der freien Gemeinde verloren gieng, und nur erst in der mittelalterlichen Städtebildung partikularistisch wieder zu neuem Leben kam: so bildete sich in England neben dem feudalistischen Systeme der Herrenbürgschaft, d. h. des vormundschaftlichen Schutzes des Herrn über seine höhere und niedere Dienerschaft, zugleich ein wesentlich verschiedenes, auf Gegenseitigkeit gegründetes Bürgschaftssystem aus, in welchem eben die gemeine Freiheit vor dem Herabsinken in die Hörigkeit bewahrt, und zu einer gleichmäßig über das ganze Reich sich verbreitenden freien Gemeindebildung der Grund gelegt wurde. Es sind dieß die angelsächsischen Friborge (Freibürgschaften, Freipflegen), welche, wenn nicht ursprünglich, doch sehr bald mit der Eintheilung des ganzen Landes in Zehntschaftsbezirke zusammenfielen, und je zehn oder mehrere, mindestens aber zehn Genossen in sich faßten, die in gegenseitiger Bürgschaft standen, d. h. einander vor Gericht zu stellen und für einander zu haften hatten, dafür aber auch eben durch diese Vereinigung aller wahrhaften Freiheitsrechte theilhaftig wurden. War ein Mitglied einer solchen Zehntschaft eines Verbrechens beschuldigt, so mußten die Uebrigen sich eidlich von der Mitschuld reinigen und für seine Stellung vor Gericht verbürgen, vorkommenden Falles auch für den gestifteten Schaden haften. Es wurde solchen-

falls ein Zwölfmanneneid geschworen, nämlich vom Vorsteher des Friborgs und den Vorstehern dreier benachbarter Friborge, je mit zwei Mitgliedern. So bildete sich das höchst wichtige Recht für das Mitglied einer englischen Gemeinde, wegen Verbrechen nicht verhaftet und weiter prozessirt werden zu dürfen, ohne von seinen Genossen mittelst eines solchen Zwölfereides dem Gericht gestellt zu werden. Man sieht, wie hier die Form für die als Gemeindevertreterin auftretende Rügejury bereit lag, eben wie auch in den für bürgerliche Rechtssachen ernannten Zeugen eine solche Form der Gemeindevertretung bestand, wie daher eine Verschmelzung beider Formen (die in der Assise erfolgte) sehr nahe lag und wie man eben dann Zeugen hatte, denen die Funktion der Eideshelfer übertragen war. Obgleich nun aber die Anfänge dieses Rügeverfahrens unzweifelhaft in die angelsächsische Zeit fallen, so ergibt sich doch, daß dasselbe erst seit der Eroberung, wahrscheinlich im Gegensatz zu dem durch die Normannen zur Vorherrschaft gelangenden Lehnswesen, zu bestimmterer Organisation kam, wozu eben die Freibürgschaften die Form hergaben.

Alle Wurzeln der Jury liegen mithin in der angelsächsischen Periode, aber fertig wurde sie gleichwohl erst nach der Eroberung und durch dieselbe. Nur hat der unläugbare Einfluß des normännischen Rechts manche Erklärer auf eine falsche Fährte gelockt und zu dem unfruchtbaren Streite geführt, ob die Jury aus der Normandie nach England oder aus England in die Normandie hinübergetragen worden sei. Hätte man sich weniger an Aeußerlichkeiten, als an das Wesen der Sache gehalten, so würde man wohl eingesehen haben, daß weder das eine, noch das andere richtig, vielmehr der Einfluß ein gegenseitiger gewesen sei. Jedenfalls aber bleibt es auffallend, wie man gerade in Bezug auf die Einführung aus der Normandie so eifrig streiten konnte, da doch anerkannter Maßen die Jury zunächst als Gegenstück und Surrogat des Zweikampfbeweises zur Ausbildung kam, dieser aber ganz unzweifelhaft durch die Normannen in England erst eingeführt worden ist. Indessen ist auch der Gegensatz zwischen Duell und Jury nicht der Gegensatz zweier Volksstämme, indem die Normandie, wenn allerdings nicht die Jury, doch unzweifelhaft die Recognitionen kannte, und zwar als Erbstück des fränkischen Rechts, wie es sich auf die karolingischen Capitularien gründete. Der Einfluß des normännischen Rechts ist viel-

mehr wesentlich darin zu suchen, daß mit ihm das Prinzip des Lehnswesens in England zur Vorherrschaft und in Conflikt mit dem Prinzip der freien Gemeinde kam, und daß eben durch seine Stellung zu diesem Conflikte das Königthum, als Vertreter der Staatseinheit, eine von der des deutschen und französischen Königthums im Mittelalter wesentlich verschiedene Bedeutung gewann.

Mit den Normannen wurde also der Zweikampf als specifisches Beweismittel des Lehnsstaates auch in England heimisch, natürlich in so weit, als das Prinzip des Lehnswesens überhaupt daselbst Wurzel schlug. Es ist ebenso unrichtig, wenn die mehr als hundertjährige Herrschaft jenes Beweismittels in England ignorirt, als wenn die Sache so dargestellt wird, wie wenn dadurch eine radicale Umgestaltung des bisherigen Beweissystems hervorgebracht worden wäre. Was das Erstere betrifft, so verstand es Wilhelm der Eroberer, die neue Beweisführung auch beim angelsächsischen Adel, wenn nicht beliebt zu machen, doch als eine Ehrensache in Gang zu bringen. Unzweifelhaft herrschte sie gerade bei dem königlichen Gerichtshof und gerade die Rechtspflege dieses Gerichtshofs gewann durch die Eroberung den ausgedehntesten Umfang. Gleichwohl ist es andrerseits richtig, daß die neue Beweisführung unpopulär war und blieb, daß namentlich Geistlichkeit und städtisches Bürgerthum nichts damit zu schaffen haben wollten, und es wird daher auf's höchste unwahrscheinlich, daß — selbst beim königlichen Gerichtshofe, und noch viel mehr in den Grafschaftsgerichten — durch das Duell das ganze bisherige System der Beweisführung verdrängt worden seyn sollte. Sicher geschah dieß, wo es sich um angelsächsische Parteien handelte, weder mit dem Gottesurtheil, noch mit dem Ueberbietungseid oder dreifachen Voreid, am wenigsten mit dem Zeugnisse der Nachbarn und der ernannten Zeugen in bürgerlichen Rechtssachen, indem dieß ja auch in der Normandie in der Form der Recognitionen seit der karolingischen Zeit her gebräuchlich geblieben war. Da nun aber gleichwohl beim königlichen Gerichtshofe das neue Verfahren das herrschende war, und die Vermehrung der aus dem ganzen Lande an dieses Forum ergehenden Rechtssachen, mit dieser aber auch die Unbequemlichkeit des alten und die Ungunst des neuen Verfahrens immer mehr stieg: so mußte es nothwendig zu einem Rückschlage kommen, vermöge dessen das alte Recht, jedoch in einer

neuen Gestalt, gegenüber dem Feudalrechte wieder zu siegreicher Geltung gebracht wurde.

Dieser Rückschlag, dessen Folge die definitive Gestaltung der Jury war, schloß sich nun aufs engste an die Thätigkeit des Gerichtshofs, — mithin an den Einfluß des Königthums auf die Entwicklung der Rechtspflege an. Durch seine Stellung zum Lehenswesen und zugleich zu den freien Gemeinden gewann das Königthum in England eine Ueberlegenheit und doch zugleich eine Mäßigung, wodurch sich seine Bedeutung von der des deutschen und des französischen Königthums sehr wesentlich unterschied. Dieser Bedeutung entsprechend, wurde der königliche Gerichtshof der Mittelpunkt für den ganzen weitern Prozeß der Rechtsbildung im bürgerlichen und Strafverfahren. Durch ihn blieb die fernere Entwicklung in Einheit gehalten, aber in einer nicht bloß durch das Beamtenthum getragenen, sondern volksthümlichen Einheit. Das Mittel, wodurch diese Einheit verwirklicht wurde, war jene eigenthümliche Ausdehnungsfähigkeit des königlichen Gerichtshofs, die sich in dem Institute der reisenden Richter darstellt, indem derselbe durch Aussendung seiner Mitglieder als Commissäre sich gleichsam im ganzen Königreiche allgegenwärtig, und dadurch nach und nach das ganze Strafverfahren zu einer Sache der Krone machte, ohne doch in eine einseitig inquisitorische Richtung zu verfallen. Namentlich schloßen sich nun an die Thätigkeit des Gerichtshofs die Institute der Assise und der Rügejury.

Etwa hundert Jahre nach der normannischen Eroberung hatte es der dem Zweikampfe abholde Volksgeist dahin gebracht, daß von Seiten des Königs den Parteien in bürgerlichen Rechtssachen gestattet wurde, anstatt des Beweises durch Zweikampf sich auf das Zeugniß des Landes, der Gemeinde zu berufen, d. h. zunächst auf das altbekannte Nachbarschaftszeugniß bei Streitigkeiten über Grund und Boden, jüngsten Besitz und andere gemeinkundige Dinge. Es hieß dieß auch: sich auf die große Assise berufen. Die Assise ist aber eben nichts Andres, als die Versammlung der Edlen und Gemeinfreien des bestimmten Sprengels, die mit den Commissären des königlichen Gerichtshofs zusammentritt, um ihnen bei Ausübung ihrer richterlichen und administrativen Funktionen an die Hand zu gehen. Es handelte sich hier eben nur von einem Zeugnisse in dem schon oben berührten weiteren Sinne des germanischen Rechts,

wornach sich dasselbe auch auf blos mittelbare Erfahrung stützen konnte. Sehen wir von den mancherlei blos historischen Zufälligkeiten (z. B. dem Unterschied der großen und kleinen Assisen, der Beschränkung der Rekognitionen auf gewisse bestimmte Punkte u. s. w.) ab, so besteht das Wesentliche darin, daß die Partei betreffenden Falls ein Breve auszuwirken hatte, worauf denn auf Befehl des königlichen Hofs vier edle oder freie Männer aus der Nachbarschaft ernannt, und von diesen in Gegenwart der Parteien zwölf Edle oder Freie zur Ablegung des verlangten Gemeindezeugnisses gewählt wurden, wobei die Parteien das Recht der Rekusation ausüben durften. Die Gewählten hatten Augenschein einzunehmen; sie mußten sich über ihre materielle Kenntniß von der Sache vor dem Richter ausweisen. Konnten sie dieß nicht, oder waren sie nicht einerlei Meinung, so wurden sie durch andere besser Qualifizirte ersetzt, und mit diesem sogenannten Affortiiren so lange fortgefahren, bis zwölf einen einstimmigen Wahrspruch abgaben. Falschzeugende wurden streng gestraft. Diese Rekognitionen sind dieselben, wie sie auch in der Normandie vorkommen; sie sind Gemeindezeugnisse über gemeinkundige Dinge, und zwar als ein Schutz auftretend, welchen die Staatsgewalt den Aermeren oder sonst Schutzbedürftigen gegen die Mächtigen und Reichen angedeihen läßt, mithin als eine Opposition gegen die Allmacht des Feudalprinzips.

Als ein Gegenstück dieser Rekognitionen in bürgerlichen Rechtssachen tritt jedenfalls gegen das Ende des 12. Jahrhunderts etwas ganz Aehnliches in Strafsachen hervor: die Erhebung eines Gemeindezeugnisses über einen eines Verbrechens Bezüchtigten, welche Einrichtung sich später dahin weiter bildete, daß die Rüge selbst zur Verpflichtung der Gemeinde gemacht wurde. Bei genauerer Ansicht ergibt sich nämlich, daß die Jurata zur Zeit Heinrichs II keine bloße Rügejury, aber allerdings auch noch keine Urtheilsjury, wohl aber der Keim zu beiden war. Gerade hier war die Rechtsbildung in England mit der Rechtsbildung in Frankreich, besonders in der Normandie, sehr ähnlich. Ueberall brach das Untersuchungsprinzip sich Bahn, und es fragte sich nur um die Organe seiner Handhabung. In Frankreich fixirte sich als dieses Organ das Beamtenthum, in England die freie Gemeinde; den Uebergang zwischen beiden Ländern bildet die Normandie. Auch in England wurde der Versuch mit einem eigentlich inquisitorischen Verfahren Seitens

der Staatsbeamten gemacht, und dabei nur die Bedingung gestellt, daß der Angeschuldigte einer solchen Inquisition sich freiwillig unterworfen haben müsse. Das englische Recht ging nun aber nicht weiter, als bis zur amtlichen Verhörung des Angeschuldigten und der Zeugen, in Beziehung auf welche das Recusationsrecht gestattet war. Nur auf das Resultat dieser Vernehmungen durfte das Urtheil gebaut werden, während das französische Recht alsbald über diese Grenze weit hinausging, und als Hauptinquisitionsmittel die Folterung des Angeschuldigten aufnahm. Hier sind bei Konstatirung des Verdachts gegen den Bezüchtigten die Beamten allein thätig. Auch in der Normandie erscheint der Beamte als der spezifische Träger des Untersuchungsprinzips; doch zeigt sich daneben schon eine gewisse Betheiligung des Volks und ein Ansatz zur Entwicklung einer Rügejury, der jedoch nicht weiter verfolgt wurde. In England dagegen erscheinen die Juratoren auch als Mittel zum Zweck der Inquisition; zugleich hatten sie aber vorherrschend eine selbständige Bedeutung als Vertreter der freien Gemeinde. Das Schwankende zur Zeit Heinrichs II. liegt darin, daß ihr Zeugniß bald als bloße Konstatirung des schlechten Leumunds des Verdächtigen, bald aber auch als ein unmittelbar das Urtheil bestimmendes Zeugniß erscheint. Man war sich über das Maß der Kraft nicht klar, die diesem Gemeindezeugnisse beizulegen wäre. Zugleich stand man an dem Wendepunkt, wo es sich entscheiden mußte, ob das Beamtenthum oder die Gemeinde der Träger des Untersuchungsprinzips werden sollte. Zunächst entschied man sich nun dahin, jenem Gemeindevertreterzeugnisse nur die Eigenschaft der Rüge zu geben, die aber den Gerügten zum schwersten Beweise, zum Gottesurtheile nöthigte, und dieß war ganz gemäß der germanischen Grundansicht, welche zu jedem materiellen Zeugnisse noch eine subjektive Bewährung fordert. Aber der Keim der späteren Entwicklung ist schon zu Heinrichs II. Zeit deutlich ersichtlich.

Liegt nun aber der wesentliche Unterschied der Entwicklung des englischen Rechts von der des französischen darin, daß in England der Schwerpunkt nicht in die Thätigkeit der Beamten, sondern in den Antheil des Volkes fiel, so kann der Grund davon nur in der schon oben berührten Entwicklung der Freibürgschaften gesucht werden, sofern dadurch eine frühe, und zwar gleichmäßig über das ganze Land sich ausbreitende organische Ausbildung des Gemeindelebens

vermittelt wurde. Durch ihre sicherheitspolizeiliche Aufgabe waren die Zehentschaften das natürliche, schon fertig dastehende Organ des Rügeverfahrens, als mit der steigenden Macht des Königthums das Untersuchungsprinzip sich stärker geltend zu machen begann. Zwischen den deutschen Städten, die im Kampf mit dem Lehensstaat zu souveränen Staaten wurden, und den französischen Kommunen, die sich dem Königthum und seinem Beamtenthum unterwerfen mußten, gingen die englischen Gemeinden den glücklichen Mittelweg. So wurde auch ihre Rügepflicht zugleich eine höchst wichtige staatspolizeiliche Einrichtung, und ein kostbarer Schutz der Freiheit, sofern der Beamte nicht das Recht hatte, sich des Mitglieds einer Zehntschaft zu bemächtigen, ehe seine Genossen einen Ausspruch darüber gethan hatten. Hätte nicht die organische Form der Freipflegen bestanden, so würde sich unfehlbar, wie in Deutschland und Frankreich, auch in England das Gemeindezeugniß mit der Zeit in bloßes Privatzeugniß haben auflösen müssen. Jetzt übernahmen eben jene Zwölf, welche ursprünglich den Friborg von der Mitschuld an der That und der Flucht des Verbrechers frei zu schwören hatten, natürlicher Weise die Rügepflicht, zunächst bei den Gerichtssitzungen der Sheriffs in den Hundertschaften, und sofort bei denen der reisenden Richter in den Grafschaften.

Dabei ist noch zu bemerken, daß dem gesammten Freibürgschaftssysteme (dem Gemeinderechte) das System der Herrenbürgschaft gegenüber stand, jedoch nicht feindlich, sondern so, daß beide sich gegenseitig ergänzten. Die Grundherrschaften, innerhalb deren die geistlichen und weltlichen Großen und Ritter ihrer höheren und niederen Dienerschaft den Gemeindeschutz ersetzten, waren eben solche Immunitäten, wie die Freibürgschaften. Nachdem ihre eigene Gerichtsbarkeit frühe schon zu Gunsten der Krone aufs Entschiedenste beschränkt worden war, hatten sie ihre Angehörigen vor den königlichen Gerichten gerade ebenso zu verbürgen und zu vertreten, wie die Freibürgschaften ihre Genossen. Daher erschienen bei den Assisen die Ritter neben diesen, und nahmen an der Vertretung der Grafschaft mit ihnen zugleich Theil. Daß in Beziehung auf das Maß des Antheils Schwankungen vorkommen und daß dabei vielfach der Adel bevorrechtet erscheint, kann nicht Wunder nehmen. Entschieden ist aber die gemeinsame Vertretung der Grafschaft durch Adel und freie Gemeindegenossen.

Mit den Normannen war nun das Beweisverfahren durch Zweikampf nach England verpflanzt worden, und es ist schon gezeigt, wie demselben im bürgerlichen Prozesse durch die Berufung auf das Gemeindezeugniß (die Rekognitionen der Assisen) der Boden abgegraben wurde.

Auch die Rüge Seitens der Gemeinde war nun zunächst nur ein solches Zeugniß von Gemeindevertretern, das aber (anders als im bürgerlichen Prozesse, wo es das Urtheil unmittelbar bestimmte) die Bezüchtigten nur zum Ordal nöthigte. Sollte der Wahrspruch der Gemeindevertreter wirklicher Beweis werden, so mußte er ein weiteres Element in sich aufnehmen, und zwar ein solches, welches das Gottesurtheil zu ersetzen fähig war. In der Aufnahme dieses Elements liegt dann die Vollendung des Begriffs der Jury.

Dazu drängte nun zunächst die Noth. Auch in England gelang es nämlich der Kirche, als der Vertreterin gereifter Bildung, das Gottesurtheil (im Jahre 1219) in Mißkredit zu bringen. Das Ordal hatte die doppelte Bedeutung gehabt, die Wahrheit sowohl objektiv als subjektiv zu garantiren. In ersterer Beziehung lag es nun nahe, daß in England, wie anderswo, die das Untersuchungsprinzip vertretende Staatsgewalt ihr Hauptaugenmerk auf die rationellere Ausbildung der materiellen Wahrheitsermittlung richtete. Hier vertrat aber zugleich der rechtsbildende Volksgeist auch die andre Seite, indem er die subjektive Garantie des Ordals durch ein Analogon zu ersetzen suchte. Das Zusammenwirken beider Tendenzen ist das, was die englische Rechtsentwicklung gegenüber der deutschen und der französischen charakterisirt.

Auch in England (noch mehr in Schottland) verfehlte die Untersuchungsmaxime nicht, stärker hervorzutreten und einseitig nach Herstellung des materiellen Sachverhalts zu drängen. Hiemit entstand selbst in England die Gefahr, wie in Deutschland und Frankreich, das Gemeindezeugniß in Privatzeugniß aufgelöst, das ganze Verfahren von der einseitig durchgeführten Inquisitionsmaxime überwältigt und in das Geleise des kanonischen Rechts gedrängt zu sehen. Eben dieser Gefahr wurde jedoch dadurch vorgebeugt, daß die bereits vorhandene selbständige Organisation der Volksvertretung in der Rechtspflege die einmal erworbene Stellung zu behaupten und den allmählig sich läuternden Ansichten über die Erfordernisse des gerichtlichen Beweises immer wieder anzupassen verstand.

In England beharrte daher das Gemeindezeugniß in der konsistenten Form, die es in den Assisen und im strafrechtlichen Rügeverfahren gewonnen hatte. Und die durch den Ausfall des Ordals entstandene Lücke wurde eben dadurch ausgefüllt, daß man auch auf den strafprozessualischen Beweis das Gemeindezeugniß in der hiefür angemessenen Modifikation übertrug. Es ist aus der Verordnung vom Jahr 1219 deutlich, daß sich die Staatsgewalt nicht gern dazu verstand. Allein sie fügte sich in die Aushilfe, welche das Volksrecht darbot, und welche den englischen Prozeß von der Preisgebung an den Mißbrauch der Inquisitionsmaxime bewahrte. Auch in Strafsachen gestattete man dem Gerügten, später selbst dem Angeklagten, sich auf das Zeugniß des Vaterlandes zu berufen.

Es ist nicht zu übersehen, wie gerade die Steigerung der königlichen Gewalt und die dadurch bedingte Geltendmachung des Untersuchungsprinzips (namentlich die Erweiterung der Kronfälle, die Wirksamkeit des königlichen Gerichtshofs und seiner Kommissäre ꝛc.) zur Förderung und Ausbildung des volksthümlichen Instituts von wesentlichem Einflusse war. Besonders wichtig war es, daß das Untersuchungsprinzip auch in das Anklageverfahren eingeführt wurde. Denn gegen die im Namen des Königs erhobene oder fortgesetzte Anklage konnte der Beklagte sich einzig und allein auf das Zeugniß des Landes berufen. Freilich machte sich die inquisitorische Tendenz auch gegenüber den Geschwornen selbst geltend. Die reisenden Richter hatten das Recht, bei irgend einem Zweifel sie genau über die Gründe ihrer Rüge zu vernehmen, sie, wenn sie nicht einig werden konnten, zu trennen, sie einzeln zu verhören und die Verdächtigen auszuscheiden, ja selbst nach abgegebenem Wahrspruch sie abgesondert über die Gründe desselben zu befragen. Noch mehr; selbst die Tortur fand in das englische Recht Eingang, jedoch so, daß auch sie nur zur Förderung des volksthümlichen Instituts ausschlug, da sie nicht Behufs der Erlangung eines Geständnisses angewandt wurde, sondern nur, um den Angeklagten zur Unterwerfung unter den Wahrspruch von Geschwornen zu nöthigen. Offenbar mußte das Institut eine starke Lebenskraft haben, um diesem und späteren gefährlichen Angriffen von Seiten der königlichen Gewalt widerstehen zu können.

Es konnte diese Lebenskraft nur durch seine innere volksthümliche Entwicklung erhalten. Diese besteht aber gerade darin, daß

den die Gemeinde vertretenden Zeugen die Funktion der Eidhelfer übertragen, und sie dadurch ein nicht nur der Form, sondern auch dem Inhalt nach gemeinschaftliches Beweismittel wurden, ein Beweismittel zugleich, das ebenmäßig auf die Ermittlung der materiellen Wahrheit gerichtet war und die germanische Forderung der subjektiven Garantie der objektiv ermittelten Wahrheit erfüllte. Ein Bedürfniß hiezu erschien nur im Strafverfahren, da im bürgerlichen Prozesse das reine Gemeindezeugniß genügte. Daß sich gleichwohl in England auch eine Civiljury bildete, läßt sich zwar geschichtlich erklären, aber es ist eine Verkehrtheit unsrer unphilosophischen Jurisprudenz, diese geschichtliche Wirklichkeit mit einer innern Nothwendigkeit zu verwechseln und daraus praktische Folgerungen zu ziehen.

Anknüpfungspunkte für die neue Entwicklung lagen nun theils in dem weiten Begriffe des germanischen Zeugnisses, das dem Eidhelferbegriffe sehr nahe kam, theils in dem Rügeverfahren, indem die Organisation der Gemeindevertretung hiebei sich ursprünglich an die Eidhelferfunktionen der zwölf Freibürgschaftsgenossen anschloß. Sollten diese Rügemänner als Beweisende verwendet werden, so konnten sie allerdings nicht mehr als bloße Zeugen angesehen werden. Wenn es gleichwohl in den Rechtsbüchern des 13. Jahrhunderts noch geschah, so zeigt dieß nur, daß die Theorie sich der neuen Stellung der Geschwornen noch nicht mit Klarheit bemächtigt hatte. Und allerdings war jenes der Fall. Die früheren Rechtsbücher sehen die Funktion der Beweisgeschwornen noch als reine Fortsetzung der Thätigkeit der Rügegeschwornen an; sie sagen noch nichts davon, daß solche, die als Rügemänner thätig gewesen, als Beweisgeschworne rekusirt werden dürfen. Auch die späteren Rechtsbücher sehen in den letzteren noch Zeugen, lassen noch immer die Nichtwissenden ausscheiden, und sind bedenklich, ob das Beweismittel überhaupt nur bei heimlich begangenen Verbrechen stattfinden dürfe. Gleichwohl legt die herkömmliche Ansicht auf diese Unbeholfenheit der Juristen des 13. Jahrhunderts zu viel Gewicht. Diese hielten sich an Begriffe, die ihnen sonst geläufig waren, und suchten in diese ein Institut zu fassen, das ihnen gleichsam unter den Händen entwuchs.

In der That aber sieht man diesen falschen Schein sehr bald sich zerstreuen und das Institut in seiner Neuheit und Eigenthümlichkeit hervortreten. Zunächst scheiden sich die Beweisgeschwornen

äußerlich von den Rügegeschwornen; der Beklagte kann diejenigen rekusiren, welche unter den Rügemännern waren. Es ist nicht denkbar, daß seitdem der Ausspruch der Beweisgeschwornen die reine Natur eines Zeugnisses beibehalten haben sollte. Denn es leuchtet ein, daß bei den Rekognitionen im bürgerlichen Prozesse, die eben nur gemeinkundige Dinge betrafen, und bei Rügen wegen schlechten Leumunds von einer Gemeindevertretung als solcher wohl allerdings eine materielle Kenntniß von dem zu bezeugenden Gegenstande vorausgesetzt und erwartet werden konnte, nicht aber, wenn es sich um den Beweis begangener Verbrechen handelte. Wenn hiefür gleichfalls ein Gemeindezeugniß eingeführt wurde, so mußte entweder das Gemeindezeugniß sich in Privatzeugniß auflösen, da die Gemeinde als solche doch nur in den seltensten Fällen als Zeuge betrachtet, ebenso wenig aber auf diejenigen, welche zufällig Zeugen des begangenen Verbrechens gewesen waren, willkührlich der Charakter von Gemeindevertreten übergetragen werden konnte; oder es mußte den Gemeindevertretern, welche Zeugniß ablegen sollten, ein anderer Charakter verliehen werden, der ihnen das ersetzte, was ihnen gegenüber von Privatzeugen abging. Wie aber letzteres in England der Fall war, erhellt wohl deutlich genug daraus, daß eben die vorgedachten Rechtsbücher die Geschworenen am Ende doch selbst bei heimlichen Verbrechen als Beweismittel zulassen, was völlig absurd wäre, wenn man nicht anzunehmen hätte, daß sie ihnen außer dem Zeugencharakter noch einen andern beilegten, den sie nur nicht juristisch zu bezeichnen wußten.

Für die Erkenntniß dieser Umwandlung ist nun gerade die Entwicklung im bürgerlichen Prozesse von Gewicht. Zwar faßt die herkömmliche Ansicht die Verwandlung der Assise in die Jurata sehr äußerlich auf, und sieht namentlich in der letztern blos ein Analogon der erstern, während sie doch in sehr scharfem Gegensatze mit ihr steht. Die Jurata tritt nämlich nur in Folge der Vereinigung der Parteien ein; der Eid ist in beiden Fällen ein verschiedener; der Spruch einer Assise kann durch eine Jurata von XXIV umgestoßen werden, der einer Jurata nicht; es werden schon im 13. Jahrhundert auch solche Geschworne zugelassen, welche das streitige Grundstück nicht selbst gesehen haben und die dann nur „nach ihrem Gewissen" die Wahrheit zu sagen schwören sollen. Trotzdem besteht die herkömmliche Ansicht darauf, daß die Geschwornen noch im 14.

Jahrhundert bloße Zeugen gewesen seien, was bei den bestehenden engen sozialen Verhältnissen sich leicht erklären lasse, erst allmälig hätten sich diese Verhältnisse geändert, und habe es sich dann oft getroffen, daß die Geschwornen trotz ihrer Berufung aus der Nähe doch wirklich von der Sache nichts gewußt hätten; nun erst habe man nach und nach angefangen, ihnen Beweismittel vorzulegen, und namentlich (seit dem Ende des 15. Jahrhunderts) Zeugen vor ihnen zu vernehmen, wodurch sie aus Zeugen in Richter verwandelt worden seien. Abgesehen aber von der Widernatürlichkeit und Willkührlichkeit dieser Deutung muß man doch entweder annehmen, daß in allen Fällen, wo die Geschwornen keine materielle Kenntniß von der Thatsache haben konnten, oder solche von ihnen nicht gefordert wurde, das englische Recht zwei Jahrhundert lang eine Verurtheilung in Kapitalsachen auf bloßes subjektives Belieben hin statuirt habe; oder man muß annehmen, daß schon im 13. und 14. Jahrhundert die Geschwornen, wenigstens die in Strafsachen, auf den Grund materieller Beweismittel hin gesprochen haben. Sobald die Idee des Gemeindezeugnisses sich gegen die Gefahr, in Privatzeugniß aufgelöst zu werden, siegreich erhielt, mußte auch das Erforderniß materieller Wissenschaft bei den Geschwornen aufgegeben werden. In der That zeigt sich dieß auch schon unter Heinrich III., und neuere englische Forschungen haben erwiesen, daß überhaupt die Jury viel früher, als man bisher annahm, angefangen hat, etwas Anderes, als ihre eigene mitgebrachte Kenntniß von der Sache ihrem Wahrspruch zu Grunde zu legen. Schon zu Heinrichs IV. Zeit ist es Gebrauch gewesen, daß alle materiellen Beweismittel, welche die Jury zu berücksichtigen hatte, vor den Schranken des Gerichts unter der Leitung des Richters produzirt werden mußten.

Nach all diesem kann aber der innerliche Hergang nur darin bestanden haben, daß man auf die Geschwornen den Charakter der Eidhelfer übertrug. Damit erfüllten sie die ächtgermanische Forderung an den Beweis. Die nothwendige Folge davon war, daß ihnen der Stoff ihrer Gewissensüberzeugung von außen vorgelegt werden mußte. Der schlagendste Beweis dafür aber liegt in dem Erfordernisse der Einstimmigkeit, das man in der ersten Zeit (freilich unvernünftig genug, aber geradezu undenkbar, wenn man in den Geschwornen materielle Zeugen gesehen hätte) sogar durch die Folter herzustellen suchte. Nun waren die Geschwornen Eidhelfer und

Zeugen zugleich (im Sinne von Gerichtszeugen) und doch keines von beiden. Sie waren Eidhelfer, sofern sie blos nach ihrer Gewissensüberzeugung schworen; sie waren Zeugen, weil das, was vor ihnen bezeugt ward, nur eben so weit wahrer Beweisgrund wurde, als es auf ihr Gewissen wirkte. Eben durch diese Voraussetzung materieller Wissenschaft für ihren Schwur waren sie aber nicht mehr reine Eidhelfer, und ebensowenig waren sie mehr bloße Zeugen. Sie waren jetzt ein Neues, Eigenthümliches, zugleich Vermittler der objektiven Wahrheit und subjektive Gewährleister derselben im Namen der Gemeinde, zugleich Beweisende und wahre Richter der That.

Und doch war dieses Neue nichts Unvermittelneues. Die ganze Entwicklung war keine systematisch gemachte, sondern eine instinktmäßige Bildung des Volksgeistes. So hatte sie denn in der That, indem sie die Gemeindezeugen zu Eidhelfern machte, nur auf bereits Vorhandenes zurückgegriffen, namentlich auf die ursprüngliche Grundlage der Rügejury, den Zwölfmanneneid der Freibürgschaftsvorsteher und Genossen und auf das Institut der ernannten Eidhelfer, woraus sich denn auch das Recht der peremtorischen Rekusation bei der Jury erklärt, so wie der Grundsatz des englischen Rechts, daß der Beweis mittelst der Jury durch das Geständniß des Beklagten ausgeschlossen wird, und der Umstand, daß der Eidhelferbeweis in dem Jurybeweise schnell und gänzlich untergegangen ist.

Nach allem bisher Ausgeführten liegt den meisten früheren Darstellungen der Entstehung der Jury eine relative Wahrheit zu Grunde, aber sie fehlen darin, daß sie an dem relativ wahren Momente einseitig festhalten. So hat z. B. Rogge die Jury aus den Eidhelfern, Maurer aus denen des Klägers abgeleitet; dagegen hat Reeves und nach ihm Biener in der Jury lediglich eine Entwicklung des Zeugnisses und zwar des Gemeindezeugnisses gesehen; Michelsen hat einseitiges Gewicht darauf gelegt, daß die Jury als Beweismittel anzusehen sei, wogegen Philipps, wenigstens in der Sache richtig, darauf bestand, daß sich darin die Eideshilfe mit dem richterlichen Elemente verbunden habe. Mit vollem Recht ist einerseits auf die skandinavischen, andererseits auf die fränkischen, und in beiden Beziehungen auf die normännischen Analogieen hingewiesen worden von Wilda, Daniels, Dahlmann und Anderen. Am besten haben den ganzen Prozeß der Jurybildung Rintel und Gundermann zusammengefaßt. So unrichtig es jedoch sein

muß, die Jury unmittelbar aus dem altgermanischen Volksgericht oder gar aus dem Schöffengericht abzuleiten, so gewiß ist es, daß die dem letzteren zu Grunde liegende Idee der Nothwendigkeit der Betheiligung des Volks an der Rechtspflege eben nur in der Jury die Form ihres der fortgeschrittenen germanischen Staatsentwicklung angemessenen Fortlebens gefunden hat. Ebenso wird aus dem Bisherigen einleuchten, daß schon die Entstehung der Jury im engsten Zusammenhang mit der Entwicklung des freien germanischen Staats steht, und eben darin der Grund liegt, warum sie in Frankreich erst am Ende des 18ten Jahrhunderts, in Deutschland erst in der Mitte des 19ten ihren Einzug halten konnte. Es wird einleuchten, daß die Entstehung der Jury nicht eben ein so einfacher Prozeß ist, wie Viele sich einbilden, die sie in den Tag hinein ein altdeutsches Institut nennen, daß aber gleichwohl die Jury den vollgiltigsten Anspruch auf den Namen eines ächtgermanischen aus dem innersten Kern des ganzen germanischen Prozeß- und Beweisrechtes entsprungenen Instituts hat.

Die fernere Geschichte der Jury in England.

So schwierig die Darstellung der Entstehung der Jury ist, so einfach ist die Entwicklung ihrer ferneren Schicksale, sobald nur jene richtig erkannt, und namentlich der Grundirrthum verbannt ist, als hätte bei der Entstehung des Instituts gar kein politisches Moment mitgewirkt.

Vielmehr hat aber das bisher Ausgeführte ergeben, daß die erste Entstehung der Jury schon mit dem Prozesse der allgemeinen staatlichen Entwicklung aufs allerengste zusammenhängt. Mit Recht sagt Gundermann, Jury und Parlament seien gewissermaßen nur Eine Constitution, und nennt jene eine im Feudalstaat großgewordene Institution, die aber das Feudalsystem in sich überwunden, die Knospe durchbrochen und sich zur Blüthe durchgebildet habe, welche den vernünftigen, d. h. freien Staat bedeute. Von Anfang an ist sie im Gegensatz gegen das Beweisverfahren des Lehnswesens (des Adels) als das Produkt des freien Bürgerthums, des Gemeindelebens aufgetreten und hat jenes zu überwinden gewußt, freilich nicht ohne in sich selbst ebenso, wie die allgemeine Verfassung, aristokratische Elemente aufzunehmen, die ihr noch heute ankleben. Sofort erscheint sie im Gegensatz gegen das Königthum und seine Be-

amtenherrschaft, indem es der freien Gemeinde gelingt, sich selbst zum Organ des unaufhaltsam hervordringenden Untersuchungsprinzips zu machen und dadurch die Gefahr der Ausbildung eines, vom Beamtenthum getragenen, einseitig inquisitorischen Prozesses abzuwenden.

In demselben Gegensatze bewegt sich nun die ganze fernere Geschichte der Jury fort, obgleich das Institut von Anfang an schon keineswegs antimonarchisch war, vielmehr gerade durch die Ausdehnung der königlichen Gewalt, durch die Vervielfältigung des königlichen Gerichts in den Assisen der reisenden Richter, die kräftigste Förderung erhielt. Der Gegensatz war daher von Anfang an und wurde auch später kein absoluter.

Zunächst war noch der innere Ausbau des Instituts selbst zu vollenden. Die Trennung der Rüge von der Urtheilsjury, die Einführung des Jurybeweises auch in den Anklageprozeß, der Zwang des Beklagten zur Unterwerfung unter den Wahrspruch der Jury, der Zwang der Jury selbst zur Einstimmigkeit, endlich der Gebrauch, den Geschwornen Beweismittel vorzulegen und lebendig vorzuführen, — alles dieß ist schon erwähnt. Es gieng im Wesentlichen unter den drei Eduarden vor sich, also in derselben Periode, in der auch der Bau der englischen Staatsverfassung festgegründet dasteht.

In die Zeit Eduards III. fallen aber namentlich zwei Thatsachen, die jenen Gegensatz hervortreten lassen: einerseits die Einführung der Friedensrichter, andererseits die Ausbildung der großen Jury. Schon früher waren in den Koroners Beamte aufgestellt worden, welche das inquisitorische Prinzip vertreten sollten, sie hatten jedoch die Gemeinde aus dem Rügeamt nicht zu verdrängen vermocht. In den Friedensrichtern machte sich nun abermals das Beamtenthum geltend. Sie wurden mit sehr ausgedehnter Gewalt versehen, und es liegt sehr nahe, daß sie die Sheriffs verdrängen sollten, die mit dem Juryinstitut schon ganz verwachsen und aus königlichen Beamten Volksbeamte geworden waren. In der That hörte auch mit der Ausdehnung der friedensrichterlichen Gewalt das alte Sheriffsgericht auf, das die Sheriffs bei ihrer Umreise in den Hundertschaften gehalten hatten. Das Rügeverfahren gieng an die Friedensrichter und die königlichen Kommissarien über, und eben damit fiel die Berufung der Rügejury aus der Hundertschaft, d. h. es fiel die Nachbarschaft als die ursprüngliche Grundlage der Jury weg, da die Gerichte der Kommis-

sarien und Friedensrichter nicht in den Hundertschaften, sondern in der ganzen Grafschaft gehalten wurden. Eine so wesentliche Veränderung konnte leicht dem volksthümlichen Institute den Todesstoß geben; es konnte wohl beabsichtigt sein, dasselbe zum Absterben zu bringen, indem man es von seiner Wurzel abriß. Denn wenn die Rügenden nicht mehr aus der Nachbarschaft waren, so konnten sie doch selten mehr aus eigener Wissenschaft rügen: es schien also die Auflösung des Gemeindezeugnisses in Privatzeugniß nahe zu liegen, wie sie auch in Frankreich und besonders in der Normandie vor sich gegangen war.

Wenn aber eine solche Absicht zu Grunde lag, so hatte man doch die Rechnung ohne den Wirth gemacht. Gerade durch die gedachte Veränderung gelangte die Rügejury erst zu ihrem rechten Ansehen. Sie machte eine ganz ähnliche Entwicklung durch, wie diejenige, durch welche die Beweisjury zur Urtheilsjury wurde. Statt durch Festhaltung an ihrer bisherigen Grundlage ihre eigene Auflösung herbeizuführen, fieng sie gleichfalls an, Beweismittel vor sich produziren zu lassen und dadurch den Anklageprozeß in ihr Bereich zu ziehen. Dieß gelang ihr aber so vollkommen, daß in den Jahren 1553 und 1554 auch Friedensrichter und Koroners verpflichtet wurden, die Ergebnisse ihrer Untersuchungen zu protokolliren, Angeschuldigte und Zeugen zum Erscheinen vor Gericht verbindlich zu machen, und dieß Alles je an die nächsten Assisen zu verweisen, wo es dann eben das Geschäft der großen Jury war, über die friedensrichterlichen Vorlagen ein Indictment zu geben. Indem nun nach und nach die Klage auf Zweikampf ganz abkam, und alle Klagen der Prüfung der großen Jury unterworfen wurden, um von ihr in Indictment verwandelt zu werden, so erhellt, wie gut es der freien Gemeinde — freilich vorzüglich nur durch die Mithilfe des Adels — gelang, sich in der Rechtspflege überall als einen wesentlichen Faktor zu behaupten.

Der Kampf dauerte indessen auch ferner fort. Im 14ten und 15ten Jahrhundert schien der anarchisch gewaltthätige Geist der Zeit sogar das Königthum als Vertreter der Staatseinheit geradenwegs zu einer radikalen Umgestaltung der bestehenden Gerichtsverfassung im Sinne der französischen Beamtenhierarchie zu nöthigen. Denn nur zu oft blieb die Justiz gegen Mächtige aller Art erfolglos. Die Befehle der Gerichte wurden verhöhnt, die Sheriffs in den Grafschaften sahen sich nicht mächtig genug, um sie

durchzuführen, die Geschwornen wurden auf der Reise zur Assise auseinandergesprengt. In der That erklärt sich auch aus diesen Umständen die Entstehung der Jurisdiktion des Kanzlers, der ohne Jury in römischkanonischer Form Recht sprach. Noch viel dringender mußte aber das Bedürfniß einer Abhilfe im Strafverfahren sein. Daher fehlt es nicht an mancherlei Versuchen, das Recht der Jury einzuschränken, und an willkührlichen Gewaltsmaßregeln, um sie der Staatsgewalt dienstbar zu machen. Das allgemeine Elend war so groß, daß derlei Versuche, wie die Einführung der auf die einseitige Inquisitionsmaxime gebauten Sternkammer, sogar eine Zeitlang als große Wohlthat vom Volk angesehen wurde. Nur freilich ließ diese Prozeßform in England so wenig, als in Frankreich und Deutschland, mit der Entbindung ihres despotischen Geistes auf sich warten. Sie artete in tyrannische Willkühr aus und wurde zu politischen Verfolgungen mißbraucht. Gleichwohl ward sie eine Zeitlang von dem Bedürfniß nach einer starken einheitlichen Staatsgewalt getragen; ja das Königthum nahm unter den Tudors einen solchen Aufschwung, daß es den Volksfreiheiten überall bedrohlich wurde, und durch die Gunst der Umstände mehr und mehr sich eingeladen sah, in das Geleise des französischen Königthums einzulenken. Unter Heinrich VIII. wurde der Satz aufgestellt, daß Hochverräther auf die bloße Anklage hin ohne Prozeß verurtheilt werden dürfen. Zu Elisabeths Zeiten waren außerordentliche Kriminalkommissionen im Gang, die reichlichen Gebrauch von der Folter machten.

Allein die Eigenthümlichkeit der englischen Staatsentwicklung bestand eben darin, daß diese Tendenz des Königthums zum Absolutismus von vorn herein in der organisch geregelten Macht des Adels und der freien Gemeinde ihre Schranke an sich hatte, die nicht, wie in Frankreich niedergeworfen werden, aber freilich ebensowenig, wie in Deutschland, dem Königthum über den Kopf wachsen konnte. Die bedrohten Mächte ermannten sich, nachdem das Königthum seine Mission, die Staatseinheit unerschütterlich fest auf die Nationalität zu gründen, erfüllt hatte. Es kam unter den Stuarts zum Konflikt und zur Revolution. Indessen hatte schon Heinrich VIII. die Neuerung seines Vaters, der den reisenden Richtern und den Friedensrichtern ohne Jury in geringeren Fällen zu entscheiden gestattet hatte, gleich bei seiner Thronbesteigung wieder aufheben müssen. Sternkammer und Kriminalkommissionen erhielten sich zwar. Aber unter den politischen Käm-

pfen, die zur Revolution führten, gab Karl I. die Sternkammer preis. Eben diese Zeit zeigt nun den härtesten Konflikt. Auf der einen Seite die letzte Anstrengung des Königthums, die Jury zu vernichten oder mindestens zu verfälschen; willführliche Verhaftungen, Hochverrathsanklagen mit Umgehung der großen Jury, Bedrohungen mit der Folter, Gefangenhaltung von Geschwornen, die der Regierung nicht dienstwillig waren, Ersetzung derselben mit gelehrigeren Geschwornen eines andern Bezirks, Erhöhung des Census für die Jury. Auf der andern Seite dagegen war eben dadurch das Bewußtsein geschärft, daß mit der Verkümmerung der Unabhängigkeit der volksthümlichen Rechtspflege ein Loch in die Konstitution selbst geschlagen werde: daher das stets erneute Verlangen, die Magna Charta zu beschwören, die wiederholten, immer heftigeren Beschwerden gegen einseitig inquisitorische Maßregeln, die Petitionen um gesetzliche Reglung der Gründe und Formen der Verhaftung, der passive Widerstand Seitens der Richter und der großen Jury gegen einzelne Ungerechtigkeiten. Doch mußte, wie Dahlmann sagt, erst das Haupt eines Königs fallen, bevor unter Karl II. mit den Wohlthaten der Habeaskorpusakte die völlige gesetzliche Sicherstellung der Jury gegen Ueberraschung und Einschreckung, ingleichen ihre Unabhängigkeit gegenüber der Gerichtsobrigkeit erreicht ward. Das volksthümliche Institut erhielt sich in dem denkwürdigen Kampf der bürgerlichen Freiheit mit den Uebergriffen des Königthums siegreich.

Aber nicht nur siegreich erhalten hat sich das volksthümliche Institut, sondern es ist dieß auch theilweise auf Kosten des in dem Königthum repräsentirten wesentlichen Staatsinteresses geschehen, so wie auf Kosten des systematischen Organismus der Rechtspflege. Dieser Erfolg wurde durch die allgemeine politische Entwicklung seit der Revolution gefördert. Die Verantwortlichkeit der Minister wurde sicher gestellt, Preßfreiheit errungen, die Unabhängigkeit der Richter wirksam garantirt, die öffentliche Meinung durch die Gerichte geschützt und zur höchsten Macht im Staate erhoben. Von einem ferneren Kampfe der Jury um ihre Existenz konnte daher nicht mehr die Rede sein. Ihre weitere Geschichte dreht sich nur noch um die Modalität ihrer Zusammensetzung und ihrer Wirksamkeit. Insbesondere handelt es sich um die Reglung des Verhältnisses der Jury zu den Richtern. Schon unter Karl II. hatten diese behauptet, daß die Jury nur die von ihnen erhaltene Direktion zu

befolgen habe, sie wurden aber damit vom Parlament zurückgewiesen. Auch später wurde der Versuch gemacht, den Wahrspruch auf das bloße Faktum zu beschränken, dagegen die Qualifikation des Faktums, hiemit die Schuldfrage im eigentlichen Sinne den Richtern zuzuweisen. Mit Recht ward jedoch auf die Libellbill von Fox auch dieser neuere Versuch durch Parlamentsbeschluß abgeschlagen. Andererseits bildete sich aber mit ebenso großem Rechte der Gebrauch aus, den Richtern die Leitung und Beaufsichtigung des ganzen Verfahrens, die Feststellung und Entscheidung aller Rechtspunkte und namentlich die Belehrung der Jury über jede für ihren Wahrspruch erhebliche Rechtsfrage zu überlassen. Man nahm sogar keinen Anstand, ihnen selbst die Annullirung des Wahrspruchs in bestimmten Fällen anheimzugeben. So stellte sich die richtige Arbeitstheilung zwischen dem juristischen und dem volksthümlichen Elemente im Gerichte fest und eine höchst vortheilhafte Folge dieses friedlichen Zusammenwirkens war insbesondere die gewohnheitsrechtliche, jetzt auch durch eine reiche Litteratur getragene Feststellung des sog. law of evidence, d. h. eines Inbegriffs durch Vernunft und Erfahrung an die Hand gegebener Beweisregeln, die doch keineswegs den Anspruch machen, Beweisfesseln zu sein. Ebenso wurde nach und nach die Zusammensetzung der Jury geregelt. Wie schon angeführt, verlor sich mit dem vollendeten Begriff der Jury von selbst die Nothwendigkeit, sie aus der nächsten Nachbarschaft zu nehmen, wenn gleich der alte Gebrauch gemäß der eigenthümlichen Zähigkeit des englischen Rechts noch länger fortdauerte. Eben deßhalb wurde aber andererseits durch große Ausdehnung des Verwerfungsrechts die möglichste Verjüngungsfähigkeit der Jury für den einzelnen Fall garantirt und desgleichen behufs der Beförderung der materiellen Wahrheitserforschung die Augenscheinseinnahme durch eine Deputation der Jury nachgegeben. Was dagegen die ständische Qualifikation der Geschwornen betrifft, so blieb das englische Recht hierin seinem aristokratischen Charakter getreu. Von Anfang an hatte hierin der Ritterstand immer einen Vorrang vor dem Bürgerstand behauptet, ohne ihn jedoch auszuschließen. Doch brachte die Folgezeit die Aenderung herbei, daß überhaupt nur ein gewisses Minimum von Grundbesitzeinkünften als Census festgesetzt, und nur für die Spezialjury, so wie für die Jury bei Hochverrathsprozessen der Esquiresrang als Erforderniß für die Geschwornen festgehalten wurde. Neuerdings sind aber nicht nur

die **Freeholders**, sondern auch die **Copyholders** für fähig erklärt, Mitglieder der Jury zu sein.

Auch die neuste Parlamentsakte (vom Jahr 1825) hat dem englischen Strafprozesse keineswegs eine neue Grundlage gegeben, sondern nur das, was sich seit Jahrhunderten entwickelt hat, zusammengestellt, einzelne Verbesserungen gemacht, einzelne Widersprüche ausgeglichen, im Wesentlichen aber nichts geändert. Daher ist es allerdings richtig, daß wir in dem englischen Strafverfahren kein aus philosophischer Systematik hervorgegangenes, sondern durch praktisches Bedürfniß allmälig fortgewachsenes Recht vor uns haben. Darauf, und namentlich auf den Zusammenhang dieses Rechts mit der allgemein politischen Entwicklung in England hat man nun wohl oft die Behauptung gegründet, daß die Jury ein englisches Spezifikum sei, das für andre Länder und Völker nicht passe. Solches schale Gerede ist zwar seit dem März 1848 auch in Deutschland verstummt. Indessen ist es doch von Wichtigkeit, auch darauf hinzuweisen, daß die Widerlegung desselben, wenn sie zu einem gründlichen Einblick in das Wesen der Sache führen soll, auch nicht ebenso auf der Oberfläche ruht, wie Viele meinen, daß es vielmehr eines gründlichen Verständnisses der organischen Gliederung der Idee des Strafverfahrens einerseits, und einer genauen Kenntniß der eigenthümlichen Grundgedanken des germanischen Prozeßrechts und ihrer divergirenden Entwicklung bei den verschiedenen germanischen Völkern andererseits bedarf, um sich klar zu machen, wie die englische Rechtsgeschichte in dieser Sphäre troz ihres unsystematischen Verlaufs gleichwohl im Wesentlichen der wohlgeordnete entsprechende Verlauf des germanischen Gedankensystems selbst ist.

Nicht minder ungeschickt erscheint es aber freilich, wenn Andre seit der jüngsten Zeit mit blinder Bewunderung vor dem englischen Recht stehen und sich einbilden, daß man es mit Haut und Haar auf einen andern Boden übertragen könne. Denn, so sehr die Entwicklung des englischen Strafprozeßrechts im Ganzen die naturgemäße Entfaltung der germanischen Rechtsidee darstellt, so gewiß ist doch auch der Verlauf dieser Entwicklung kein philosophisch geordneter, folgerichtig ausgebildeter gewesen. Vielmehr ist er, wie die englische Rechtsgeschichte überhaupt, gerade durch das Gegentheil ausgezeichnet, indem man in England von jeher die größte Scheu gegen allgemeine zusammenhängende Gesezgebungen hegte, und stets nur

mit äußerster Vorsicht am Bestehenden änderte. Bei jedem Ruck, den die Rechtsbildung that, blieb daher immer vom Alten noch unendlich Vieles bestehen und ward in Zustände mit hinübergeschleppt, zu denen es nicht mehr paßte, wie denn jetzt noch manche mittelalterliche Bestimmung gesetzlich besteht, die für die Gegenwart gar keinen Sinn mehr hat. Der englische Rechtszustand im Ganzen ist deßhalb kein beneidenswerther, da das gemeine Recht großentheils noch auf dem Rechte des Mittelalters beruht und aus einem kaum übersehbaren Wust vieldeutiger, hundertfach bestrittener Rechtssätze besteht, eben so wenig aber das Statutenrecht ein geordnetes Ganze, vielmehr gleichfalls ein buntscheckiges, ja barokes Aggregat unzusammenhängender, vielfach sich widersprechender Bestimmungen bildet. Sind doch binnen der kurzen Periode von 26 Jahren in England nicht weniger als 3600 Statuten ergangen! Zwar drang schon Bacon (der Minister Jakobs I.) darauf, daß diesem Uebelstande abgeholfen werden solle, und seine Bestrebungen wurden auch immer von Zeit zu Zeit wieder aufgenommen, nur leider oft auf übertriebene Weise, wie durch Bentham und Brougham. Allein bis zum neunzehnten Jahrhundert widerstand der zähe Konservatismus des englischen Charakters jeder durchgreifenden Reform. Erst im Jahr 1825 gelang es Sir Robert Peel, einen Anfang dazu zu machen, indem er mit sorgsamer Schonung jenes Nationalcharakters wenigstens das durchsetzte, daß in mehreren sehr wichtigen Parthieen des englischen Rechts die bisher bestandenen Statute konsolidirt und verbessert, besonders aber die durch das neue Statut verdrängten älteren Statuten ausdrücklich aufgehoben wurden. Diese wohlthätige Reform des großen Staatsmannes kam insbesondre dem Strafrecht und Strafverfahren zu Gut. Indessen konnte natürlich dadurch nur ein Theil des Uebels gehoben werden. Denn schon im Plane lag nur die Zusammenfassung des bestehenden Rechts, die Aufhebung alter Mißbräuche, die Vermeidung von Undeutlichkeiten und Beseitigung von Widersprüchen. Da also jede Neuschöpfung ausgeschlossen war, so blieb das neue Recht dem Inhalt nach wesentlich das alte, und trägt daher auch jetzt noch den Charakter der Entstehung des letztern in verschiedenen Epochen und unter verschiedenen politischen Einflüssen an sich. So denn auch die Akte vom 22. Juni 1825 über Bildung des Geschwornengerichts.

Namentlich leidet nun noch das heutige englische Strafverfah-

ren an zwei sehr großen Mängeln. Vor Allem daran, daß das Untersuchungsprinzip darin keineswegs zu folgerichtiger Durchführung gekommen ist, womit eine ganze Reihe einzelner Mißstände zusammenhängt; sodann daß das Institut der Jury selbst noch jetzt auf einer großentheils nur durch historische Zufälligkeiten bestimmten Grundlage beruht.

Zwar ist nun das Untersuchungsprinzip dem modernen Staate überhaupt so wesentlich unentbehrlich, daß auch das englische Recht es in den bedeutsamsten Folgerungen anzuerkennen nicht verfehlen kann. Schon oben wurde auch gezeigt, wie in der ganzen Geschichte der Entstehung des Geschwornenprozesses gerade das unaufhaltsame Sichgeltendmachen jenes Prinzips das treibende Moment ausmachte. Allein das Charakteristische des neueren englischen Rechts besteht darin, daß seit der Niederlage des Königthums im 17. Jahrhundert jenes Prinzip sich übermäßig abgeschwächt und einer Reaktion von Seiten der altgermanischen Anklageform Platz gemacht hat, wie sie dem modernen Staate schlechthin nicht mehr gemäß ist. Damit ist das wesentliche Recht des Staats gegenüber dem eifersüchtig festgehaltenen Rechte der bürgerlichen Freiheit auf bedauerliche Weise zu kurz gekommen. Vor Allem fehlt es, was die namhaftesten englischen Rechtsgelehrten selbst beklagen, an dem Institut der Staatsanwaltschaft (das sich übrigens im schottischen Rechte findet). Nur ausnahmsweise können öffentliche Behörden von Amtswegen einschreiten; in der Regel aber muß eine Privatanklage abgewartet werden. Zwar kann man keineswegs sagen, daß das Anklageprincip herrsche: denn alle Anklagen werden im Namen des Königs betrieben, und jeder Bürger hat das Recht der Anklage. Auch erhält jeder Ankläger, der nicht leichtsinnig oder böswillig gehandelt hat, seine Kosten aus den öffentlichen Kassen ersetzt. Aber die Anklage hat doch noch zum Theil die Natur einer bloßen Privatklage, indem der Ankläger den Angeklagten der Milde des Gerichts empfehlen, und bei geringen Vergehen sogar eine auf die Strafverfügung einwirkende Verständigung mit ihm eingehen darf. Bei Verbrechen, die den Staat unmittelbar verletzen, tritt zwar unmittelbar der Attorney-General als Ankläger von Amtswegen auf, und bei gewissen andern schweren und notorischen Vergehen, wie Meuterei, Raufhändel, Libelle, Akte grober Unsittlichkeit rc. übernimmt auf Anzeige eines Privatmanns hin der master of the crown office diese

Funktion. Im erstern Falle indessen liegt noch die unangemessene Vorstellung zu Grunde, als ob hier die Krone gewissermaßen die verletzte Privatpartei wäre; im letzteren muß der Privatangeber für die Fortsetzung des Prozesses und die Bezahlung der Kosten im Falle der Freisprechung Kaution leisten. Zwar hat nun auch der königliche Gerichtshof das Recht, wenn im Laufe eines Civilprozesses ein Verbrechen zu Tage kommt, hievon von Amtswegen Kunde zu nehmen und den Kläger damit an die Assisen oder Vierteljahrssitzungen zu verweisen, und außerdem gibt es noch eine Art von Information, wo eine Anklage wenigstens zum Theil im Namen des Königs (und zum Theil im Namen eines Privatmanns) angestellt wird; doch ist es wohl klar, daß im erstern Fall das amtliche Einschreiten vom Zufall abhängig gemacht wird, während es sich im letzteren blos um ein fiskalisches Interesse handelt. Im Amte des Koroners liegt gleichfalls die Pflicht zur amtlichen Einschreitung; aber diese früher sehr ausgedehnte Pflicht ist auf zwei Fälle zusammengeschrumpft: auf Tödtung und Verheimlichung gefundener Schätze. Bekannt ist ferner die Vortrefflichkeit der englischen Polizei, die natürlicher Weise das Recht und die Pflicht hat, allen begangenen Verbrechen nachzuspüren und die Thäter ausfindig zu machen. Dessenungeachtet leuchtet ein, daß mit all dem das Untersuchungsprinzip nur sehr dürftig in Wirkung gesetzt ist. Aus Eifersucht gegen die Krone, die doch als Vertreterin der Staatsinteressen gilt, bleibt ihr und ihren Beamten gleichwohl nur ein geringer Spielraum zugemessen.

Ebensowenig ist aber andererseits das Rügerecht der Gemeinde mehr von großer Bedeutung. Denn obwohl die große Jury noch immer das Recht hat, aus eigener Wissenschaft Verbrechen zu rügen, so liegt es doch in der Natur ihrer Zusammensetzung, daß sie nur selten in den Fall kommt, dieses Recht zu üben. Wie vernünftig und heilsam es auch war, daß im Mittelalter die Gemeinde zum Organ des Untersuchungsprinzips gemacht wurde, so ist es doch unziemlich, wenn eine Einrichtung, die zur Zeit der Kämpfe um die Organisation des modernen Staats am Platze erschien, auch längst nach Vollendung dieser Organisation noch beibehalten wird. Es muß daher mit Grundsätzen ausgeholfen werden, die in den modernen Staat nicht mehr passen, z. B. daß man wegen Nichtanzeige von Verbrechen, von deren Verübung man Kenntniß hatte, strafbar ist, daß jeder Bürger, in dessen Gegenwart eine Felonie begangen wird,

das Recht und die Pflicht hat, den Verbrecher zu verhaften; oder mit gefährlichen Bestimmungen, wie die, daß ein Bürger, der bei einer Verhaftung thätig war, für seine Bemühung entschädigt wird, daß jedem, der zur Verurtheilung eines Verbrechers beitragen würde, gewisse Vortheile und Belohnungen versprochen werden ꝛc. Wie ungenügend alles dieß bleibt, erhellt schon daraus, daß die bürgerliche Gesellschaft in England sich genöthigt sieht, Vereine zur Verfolgung von Verbrechern zu bilden und Prämien dafür auszusetzen. Ueberhaupt aber steht es dem modernen Staate keineswegs mehr an, wirkliche Parteien im Strafprozesse anzuerkennen, wozu in England mehrfach wenigstens Annäherung stattfindet. Mit diesen Punkten hängen aber noch andre Mängel zusammen, namentlich die Oeffentlichkeit und Kürze der Voruntersuchung, der Gebrauch, daß die Zeugen nicht vom Richter, sondern von den Parteien vernommen werden, daß dieß in Gegenwart des Angeschuldigten geschieht, daß der Angeschuldigte vom Richter nicht verhört, daß nicht einmal durch bloße Vorhalte, Konfrontationen, auf ihn einzuwirken versucht wird. Es ist lächerlich, wenn solche Dinge dem englischen Prozesse sogar zum Ruhm angerechnet werden, da doch darin nur die Unreife eines noch nicht völlig von der Identität mit dem Civilprozesse losgekommenen Strafverfahrens zu Tage liegt.

Dasselbe Gepräge der systemlosen historischen Zufälligkeit ist nun aber auch am Geschworneninstitute selbst zu bemerken. Zuvörderst erscheint, wie eben bemerkt wurde, das Institut der großen Jury im modernen Staate und bei einer naturgemäßen Gliederung des Strafverfahrens nicht mehr gerechtfertigt, weil die Prüfung der Anklagen, wobei es vornehmlich nur auf rechtliche Momente ankommt, ein Kollegium rechtsverständiger Richter verlangt. Dann ist auch die Civiljury eine solche aus dem Mittelalter mit herübergeschleppte Anomalie, die nur auf unangemessene Weise die Stelle des allerdings neben dem gelehrten bürgerlichen Gerichte zu fordernden Friedensgerichts vertritt. Aber auch die Zusammensetzung der Jury selbst erinnert an jenen prinziplosen Konservatismus des englischen Rechts. Zwar ist das Institut im Vergleich gegen die frühere Zeit bedeutend demokratisirt d. h. auf einen sehr mäßigen Census gesetzt worden; indessen blieb doch die Beschränkung auf den Grundbesitz stehen. Ja selbst die Spezialjury, zu der nur Esquires, Bankiers und Kaufleute höheren Rangs zulaßbar sind, und deren Mitglieder

für ihre Mühwaltung Bezahlung erhalten, ist in der Peelsakte beibehalten worden. Wenn endlich die Ausschließung der Geistlichen und Beamten von der Jury durch die Natur der Sache sich rechtfertigt, so liegt doch kein Grund vor, warum noch heutigen Tags das englische Recht auch die Aerzte, die Advokaten, die Offiziere, Doktoren, Prokuratoren, Apotheker ꝛc. ausschließt.

Endlich muß hier auch bemerkt werden, daß derselbe Charakter der Planlosigkeit sich in der englischen Gerichtsverfassung ausspricht. Wohl bildet eigentlich der königliche Gerichtshof zu Westminster den Mittelpunkt der gesammten englischen Strafrechtspflege, indem er theils unmittelbar in erster und zweiter Instanz, theils mittelbar durch seine Kommissäre in den Assisen diese Justiz ausübt. Es hat sich jedoch die Jurisdiktion des königlichen Hofs längst durch die der Friedensrichter ergänzen müssen, welche theils ohne Jury summarisch, theils mit Jury in den Vierteljahrssitzungen den größten Theil der vorkommenden Straffälle abmachen. Daneben besteht aber nicht nur das Oberhaus als Staatsgerichtshof und Gericht über die Pairs, dem außerdem noch Andres überwiesen ist, sondern auch eine Reihe andrer Gerichte, geistliche, Universitätsgerichte, das Admiralitätsgericht u. a. hat sich erhalten. Dazu ist nirgends weder eine prinzipielle Abgrenzung der Kompetenzen, noch ein organisirter Instanzenzug vorhanden. Da die Friedensrichter nicht Rechtsgelehrte zu sein brauchen, so wird nicht einmal der Grundsatz festgehalten, daß jedes Kriminalgericht wesentlich ein juristisches Element enthalten muß. Auch die Klassifikation der Verbrechen beruht überall auf keinem festen Prinzipe, wie überhaupt das englische Strafrecht ein buntes Durcheinander positiv rechtlicher Bestimmungen umfaßt, die sich nicht zum Systeme abrunden lassen.

XV.

Die deutsche National=Versammlung in Stuttgart und die sog. Regentschaft

von

Reyscher.

Die neueste Wendung, welche die deutsche Verfassungs-Angelegenheit genommen, kann den Freund des Vaterlands nur mit Kummer erfüllen, und wir hätten daher gerne unterlassen, derselben an diesem Orte zu gedenken; aber die Herausgabe dieser Zeitschrift legt uns zugleich die Pflicht auf, die Haupt=Abschnitte der deutschen Entwicklung, mögen sie der Gegenwart oder der Vergangenheit angehören, zu verzeichnen, und so müssen wir denn auch dießmal es übernehmen — Zeugniß von dem Geschehenen abzulegen, indem wir in kurzen Sätzen berichten, welche staatsrechtliche Stellung der nach Stuttgart übersiedelte Theil der National-Versammlung eingenommen und wie wir uns zu den Beschlüssen derselben verhalten.

Schon bei den Verhandlungen des Vorparlaments (s. Heft 1. S. 167) haben sich undeutsche Bestrebungen geltend gemacht in jenem wilden Treiben einer socialistisch=republikanischen Partei, welche die untersten Schichten der Gesellschaft in ihr Interesse zog, um mit ihr alles Bestehende, Gutes wie Schlimmes, zu vernichten, und aus dem Chaos eine neue, den Führern selbst nicht klare, Schöpfung hervortreten zu lassen. Nicht minder gährte es im Schoße der verfassunggebenden National=Versammlung, welche dieselbe Paulskirche zu Frankfurt a/M., wo schon das Vorparlament seine Sitzungen gehalten, in sich aufnahm. Doch wurde am 28. Juni 1848 das bedeutsame Gesetz über Einführung einer provisorischen Centralgewalt (Heft 2. S. 303) angenommen, worin bereits der Keim der künftigen Reichsverfassung enthalten schien.

Wir überlassen es einem künftigen Aufsatze, das Hauptwerk der deutschen National-Versammlung, die Reichsverfassung vom 28. März 1849 zu prüfen, und nachzuweisen, wie im Conflicte der feindlichen Parteien, der dynastischen und der republikanischen, welche beide der Reichsverfassung gleich sehr entgegen waren, jene Versammlung, die kaum noch als höchste Autorität des „Reichs" gegolten, ein klägliches Ende in demjenigen Lande finden mußte, welches am frühesten und aufrichtigsten zu ihr gehalten. Genug, die National-Versammlung beschloß in ihrer 231. Sitzung vom 31. Mai 1849 ihren Sitz von Frankfurt a/M. nach Stuttgart zu verlegen und die Organe der provisorischen Centralgewalt aufzufordern, ihr dahin nachzufolgen. In Stuttgart angekommen, war es das erste Geschäft der neu zusammengetretenen Versammlung, in ihrer Sitzung vom 6. Juni an die Stelle der Centralgewalt provisorisch bis zur Einsetzung eines Reichsstatthalters eine Regentschaft von 5 Personen einzusetzen, welche der National-Versammlung verantwortlich sein sollte, und beauftragt wurde, die Reichsverfassung durchzuführen, die Beschlüsse der National-Versammlung zu vollziehen, und im Uebrigen die durch das Gesetz vom 28. Juni der provisorischen Centralgewalt übertragenen Pflichten und Befugnisse auszuüben. Zu den Obliegenheiten der sog. Regentschaft wurde insbesondere gerechnet die schleunige Aufstellung eines Reichsheers und die Organisation der Volksbewaffnung zur Durchführung der Reichsverfassung; die Regentschaft unterlies auch nicht, ihre Thätigkeit in dieser Richtung zu entwickeln, fand jedoch, abgesehen von den provisorischen Regierungen in Baden und in der Rheinpfalz, welche bereits zum Schutze der dortigen revolutionären Bewegungen das Volk zu den Waffen gerufen hatten, keinen Gehorsam. Das württembergische Gesammtministerium namentlich verweigerte öffentlich in einer Ansprache an das Volk vom 8. Juni seine Mitwirkung zu den angeordneten Gewaltmaßregeln und erklärte überdieß allgemein, daß es die Beschlüsse der neu eingesetzten Regentschaft nicht als ohne Weiteres verbindlich anerkenne, vielmehr sich die jedesmalige Prüfung und Anerkennung derselben vorbehalte. Verfasser dieses war schon damals der Ansicht, daß es richtiger und jedenfalls consequenter wäre, die Regentschaft gar nicht, als nur auf diese bedingte Weise anzuerkennen, allein die Kammer der Abgeordneten,

welche am 9. Juni über jene Ansprache berieth, begnügte sich, der Ansprache des Ministeriums beizutreten, indem sie auch ihrerseits die Cognition der Regentschaftsbeschlüsse, sofern dadurch die württembergischen Streit- und Geldkräfte einseitig in Anspruch genommen oder sonst die Interessen des Landes bedroht werden könnten, sich vorbehielt. Jedoch ward der Antrag einiger Mitglieder, die Nationalversammlung in ihrer damaligen Zusammensetzung als zu Recht bestehend anzuerkennen, der staatsrechtlichen Commission zum Berichte zugewiesen. Am 17. Juni wurde dieser Bericht gedruckt erstattet, wonach die Mehrheit der Commission nunmehr meiner Ansicht beitrat, daß der in Stuttgart tagende Theil der National-Versammlung nicht berechtigt sei, die Stelle der National-Versammlung einzunehmen und in dieser Eigenschaft verbindliche Beschlüsse zu fassen. Einstweilen war eine Note des Reichsministeriums zu Frankfurt vom 9. Juni an das württembergische Gesammtministerium gelangt, worin die Verlegung der National-Versammlung nach Stuttgart als ungesetzlich, und die Niedersetzung einer Regentschaft zu gewaltsamer Durchführung der Reichsverfassung als aufrührerisch erklärt und die württembergische Regierung aufgefordert wurde, jedes Auftreten der Regentschaft im Voraus zu vereiteln. Durch Zuschrift vom 13. Juni eröffnete das württembergische Gesammtministerium der Regentschaft, nicht in der Lage zu sein, einen ihrer Beschlüsse und Befehle zu befolgen, indem zugleich die Mitglieder derselben ernstlich aufgefordert wurden, zur Sicherung des Landfriedens ihren Sitz ohne Verzug aus Württemberg hinweg in ein anderes Land zu verlegen. Diese Eröffnung blieb unbeachtet. Am 17. Juni erklärte das Gesammtministerium dem Präsidenten der National-Versammlung, Dr. Löwe, daß es sich veranlaßt sehe, den Beschlüssen der National-Versammlung und den Anordnungen der Regentschaft die Anerkennung zu versagen, und den Herrn Präsidenten ersuche, ohne Verzug dahin zu wirken, daß die National-Versammlung und Regentschaft ihren Sitz außerhalb Württembergs verlegen und schon jetzt die Vornahme eines jeden weiteren officiellen Aktes unterlassen, unter der Bemerkung, daß die Mißachtung dieses Ansinnens das Ministerium nöthigen würde, demselben durch Anwendung der geeigneten Mittel Geltung zu verschaffen, und daß etwaige Versuche, sich bewaffneter Zuzüge zu versichern, nur dazu dienen würden, einen blutigen, aber der feindlichen Partei

verderblichen Conflict herbeizuführen. Als Tags darauf bei Berathung des oben erwähnten Berichts auch dieses Schreiben der Kammer mitgetheilt wurde, bemerkte der Departementschef der Justiz, Staatsrath Römer, daß eine Antwort darauf noch nicht erfolgt sei; worauf der Abgeordnete Schoder, zugleich erster Vicepräsident der National-Versammlung, versetzte: „Ich kann die Antwort geben; heute Nachmittag um 3 Uhr wird eine Sitzung der National-Versammlung stattfinden." Unmittelbar in Folge dieser Aeusserung, welche von den anwesenden Departementschefs als Drohung oder doch als Beweis der Nichtbeachtung ihrer Entschließung aufgenommen wurde, trafen die beiden Vorstände des Innern und des Kriegswesens Anordnungen, um das Sitzungslokal der deutschen Abgeordneten zu schließen, und eine fernere öffentliche Zusammenkunft derselben, dort oder an einem andern Orte, mit Hülfe der bewaffneten Macht unmöglich zu machen.

Ein Antrag des Abgeordneten Schoder, die Departementschefs Römer, Roser, Duvernoy, Schmidlin, Rüpplin und Goppelt wegen dieses Verfahrens in Anklagestand zu versetzen, hatte um so weniger Aussicht auf Erfolg, als die Kammer, bei welcher jener Antrag eingebracht war, in der Sitzung vom 18. Juni sich mit dem Schreiben des Gesammtministeriums vom 17. Juni einverstanden erklärt hatte. Indessen war über mehrere bedauerliche Vorfälle, welche bei Vollziehung der ministeriellen Anordnung sich ereignet hatten, indem das Militär theilweise gegen die andrängende Menge von den Waffen Gebrauch gemacht und hierbei ein Reichstags-Abgeordneter einen Schlag davon getragen haben solle, indem ferner der Präsident Löwe durch Trommeln verhindert wurde, seine Verwahrung gegen die Erklärung des anwesenden Civilkommissärs vernehmbar abzugeben, indem endlich die Einrichtung des Sitzungslokals im Friz'schen Reithause rasch entfernt und hierbei Manches beschädigt wurde — von der Staatsregierung bereits Untersuchung angeordnet worden, wobei sich ergab, daß die von einzelnen Reichstags-Abgeordneten in einem Protokoll gleich nach dem Vorgang niedergelegten Schilderungen theils übertrieben (es war z. B. nicht zum Einhauen kommandirt, es war auch nur Eine Person und zwar ein junger Mensch verwundet worden, weil er des Säbels eines Offiziers sich bemächtigen wollte), theils wenigstens nicht dem Ministerium beizumessen waren, welches ausdrücklich befohlen hatte, daß mit aller Schonung und Umsicht zu Werk gegangen werden solle.

Auch der Bericht der staatsrechtlichen Commission über diese Vorfälle und den damit in Verbindung stehenden Schoder'schen Antrag führte zurück auf die allgemeine Frage von der rechtlichen Stellung der nach Stuttgart verlegten Versammlung deutscher Abgeordneten. War es wirklich die verfassunggebende deutsche National-Versammlung, welche in den Mauern Stuttgarts tagte, so hat das Gesammtministerium und jedes einzelne Ministerium, welches diese Versammlung, sei es durch Drohung oder unmittelbare Gewalt, an ihrer Zusammenkunft und Thätigkeit hinderte, allerdings einen Staatsstreich verübt, den man juristisch mit dem Namen des Hochverraths bezeichnen kann und muß [1]). War aber jener Verein von Mitgliedern der National-Versammlung einstweilen ohne offiziellen Charakter, eine Privatgesellschaft, die ihre Zusammenkünfte halten wollte, bis sich die zu Recht bestehende National-Versammlung wieder zu einem Ganzen ansammelte, so war das Hinderniß, welches dem Zusammentritt am 18. Juni d. J. in den Weg gelegt wurde, nichts anderes als eine polizeiliche Maßregel, vielleicht eine Ueberschreitung der Amtsgewalt, wogegen die gewöhnlichen Mittel der Beschwerde, nicht aber sofort eine Anklage wegen Verfassungs-Verletzung [2]) oder die Klage auf Hochverrath begründet wären.

---

1) S. Reichsgesetz vom 10. October 1848 (Reichsgesetz-Blatt Nr. 3) Art. 1: „Ein gewaltsamer Angriff auf die Reichsversammlung in der Absicht, dieselbe auseinander zu treiben oder Mitglieder aus ihr zu entfernen, oder die Versammlung zu Fassung oder Unterlassung eines Beschlusses zu zwingen, ist Hochverrath, und wird mit Gefängniß, und nach Verhältniß der Umstände mit Zuchthausstrafe bis zu zwanzig Jahren bestraft. Wer zu solchen Handlungen öffentlich auffordert, wird nach richterlichem Ermessen bestraft."

2) Die Frage, ob eine Klage der Kammer vor dem Staatsgerichtshof zuläßig, da eine solche Klage nach § 195 der Verfassungs-Urkunde nur bei Unternehmungen statt hat, welche auf den Umsturz der Verfassung oder Verletzung einzelner Punkte derselben gerichtet, habe ich in dem Berichte der staatsrechtlichen Commission vom 2. August 1849 § 1 und 2 ausführlich und zwar dahin beantwortet, daß allerdings eine solche Klage im Hinblick auf Kap. 1. § 3. der Verfassungs-Urkunde, der die Theilnahme Württembergs an dem deutschen Bunde bespricht, formell gerechtfertigt werden könnte, wofern nemlich mit dem Angriff auf die Reichs-

Es scheint, daß im Gesammt-Ministerium über die Frage von der Rechtsbeständigkeit der Stuttgarter Versammlung, wenn schon nicht über die Einschreitung selbst eine Meinungsverschiedenheit statthatte. Von dem Departements-Chef der Justiz wurde wiederholt das Recht der Nationalversammlung anerkannt, die beschlußfähige Zahl ihrer Mitglieder, als Sache der Geschäftsordnung, nach Belieben herabzusetzen und demgemäß auch der nach Stuttgart übersiedelte Theil der Nationalversammlung als rechtlich zureichend zur Beschlußfassung erklärt und nur die Prüfung der gefaßten Beschlüsse aus politischen Gründen der Staatsregierung vorbehalten. Die gleiche Kognition hatte sich die Regierung Anfangs auch gegenüber den Beschlüssen der Regentschaft vorbehalten. Noch in dem Schreiben des Departements-Chefs vom 17. Juni 1849, im Auftrage des Gesammtministeriums gerichtet an den „Präsidenten der in Stuttgart tagenden Nationalversammlung" Dr. Löwe aus Kalbe, sagt Staatsrath Römer:

> „Ich will mit Ihnen nicht streiten über den rechtmäßigen Bestand der bis auf hundert Mitglieder herabgesunkenen Nationalversammlung. Ich für meine Person erkenne an, daß der Nationalversammlung zusteht, ihre Geschäftsordnung hinsichtlich der Beschlußfähigkeit der Versammlung abzuändern und nach und nach selbst bis auf drei Mitglieder herabzusetzen. Aber wenn es sich von Anerkennung der Beschlüsse einer solchen Versammlung handelt, so muß man nach meiner Ueberzeugung einen anderen als den bloß juristischen Maßstab der Beurtheilung anlegen."

Der Gegensatz, welcher hier zwischen der Person des Schreibenden und dem Gesammtministerium gemacht wird, läßt vermuthen, daß die andern Departements-Vorstände, wenigstens die Mehrzahl derselben, nicht gleicher rechtlicher Ansicht waren. Verstärkt wird diese Vermuthung durch einen Artikel in der schwäbischen Kronik vom 19. Juni, unterzeichnet Fr. Römer:

---

versammlung zugleich die Abtrennung des Landes von dem Reiche bezweckt worden wäre. Materiell ging jedoch der Antrag auf Ablehnung, womit auch die Kammer in großer Mehrheit einverstanden war.

„Eine solche Berechtigung (die beschlußfähige Zahl herabzusetzen) habe ich an und für sich auch nirgends bestritten; vielmehr ist diese Berechtigung von dem Gesammtministerium nur dahin gestellt worden."

Ferner ebendaselbst:

„Die Frage über die Gültigkeit der Beschlüsse des bis auf 100 Stimmen herabgedrückten Parlaments ist nach meiner Ueberzeugung nicht nach dem juristischen Maßstabe zu beurtheilen, sondern nach dem politischen."

Wir theilen diese Ansicht nicht. Es gibt keine wahre Politik, keine Staatsweisheit, die nicht auf Gerechtigkeit gegründet ist. Ob eine einheitliche oder mehrheitliche Regierung in Deutschland eingesetzt werden soll, darüber können verschiedene Meinungen seyn; aber rechtlich bestehend ist nur diejenige oberste Gewalt, welche die Nation sich selber gesetzt hat. Eine Antastung dieser Gewalt aus politischen Gründen wäre ebenso unrechtlich und ebenso unpolitisch (auf dem Standpunkte des Repräsentativsystems und einer Majoritätsregierung), als wenn man zugeben wollte, jeder Einzelne im Staate oder eine Gemeinde, eine Volksversammlung könne aus politischen Gründen die Regierung des Staates jeder Zeit in Frage stellen. Auch die Nothwehr konnte nicht als zureichender Grund angeführt werden, um sich gegen die Nationalversammlung zu erwehren, denn die Nothwehr ist ein Mittel nur gegen ungerechte Gewalt und konnte in dieser Weise allerdings auch gebraucht werden, um einzelnen verfassungswidrigen Anmuthungen von Seite der Nationalversammlung, falls sie mit Gewalt unterstützt worden wären, sich zu entziehen, nicht aber um die von der Nation selbst eingesetzte und von den Regierungen anerkannte organische Gewalt zu zerstören. Allein anders verhält es sich, wenn die in Stuttgart tagende Versammlung nicht die Nationalversammlung war, sey es daß die Zahl der anwesenden deutschen Abgeordneten nicht zureichte, um gültig zu berathen und zu beschließen, oder daß durch die erfolgten Austritte die Zahl der existirenden (an- oder abwesenden) Abgeordneten überhaupt sich so sehr vermindert hatte, daß auch der nöthige Stamm von Mitgliedern (350) nicht mehr existirte. In dem einen wie in dem andern Falle war die Nation durch jene Versammlung nicht repräsentirt, war die Nichtzulassung einer Versammlung, welche, wenn auch in gutem Glauben, sich den Titel

einer Nationalversammlung beilegte, der ihr von Rechts wegen nicht zukam, und welche in jener Eigenschaft tiefgreifende Beschlüsse faßte, namentlich die Centralgewalt ab- und eine Regentschaft dafür einsetzte, das gesammte Volk zu den Waffen rief, kein Verbrechen an der Nationalversammlung, sondern vielmehr ein zur Aufrechthaltung des Staates und der früheren Beschlüsse der Nationalversammlung nothwendiger Akt.

Welches die persönlichen Ansichten der einzelnen Departements-Chefs waren, wie sie ihre Maßregeln jeder für sich begründeten, ob vorherrschend vom politischen oder rechtlichen Standpunkte, darauf kommt es zunächst nicht an, sondern darauf, ob die Handlungen an sich — sey es aus diesen oder jenen Gründen — gerechtfertigt waren. Eben so wenig wäre es erheblich, nachzuweisen — wenn anders dieser Beweis geführt werden könnte — auf welchem Wege die Kammer zu ihren die Politik des Ministeriums im Wesentlichen unterstützenden Beschlüssen gelangt ist, ob — weil auch bei ihrer Mehrheit die Ueberzeugung vorwaltete, daß eine Fraktion der Nationalversammlung nicht für ganz Deutschland gültige Beschlüsse fassen könne, daß Württemberg jedenfalls nicht im Stande sei, sie allein zu vollziehen, oder mehr aus dem positiven staatsrechtlichen Gesichtspunkte, weil der nach §. 4. der Geschäftsordnung der Nationalversammlung nöthige Stamm von Mitgliedern nicht mehr existire.

Der letztere Gesichtspunkt ist in dem Gutachten der staatsrechtlichen Commission vom 17. Juni aufgestellt, und da er anderwärts dem Verfasser nicht begegnet ist, da auch sonst jenes Gutachten manche Seiten zur Beurtheilung unserer öffentlichen Zustände darbietet, so dürfte dasselbe wohl hier eine Stelle finden.

Bericht

der staatsrechtlichen Commission in Betreff des Verhältnisses zur Nationalversammlung und zur Centralgewalt.

Ausgegeben am 17. Juni 1849.

Berichterstatter: Reyscher.

Der Antrag der Minderheit der staatsrechtlichen Commission in der Ständesitzung vom 9. Juni:

„hohe Kammer möge aussprechen, daß sie die Nationalversammlung in ihrer gegenwärtigen Zusammensetzung anerkenne,“ hat im Grunde schon durch den Majoritäts-Bericht von jenem Tage und den beistimmenden Beschluß der Kammer seine Erledigung gefunden; denn, wenn es in jenem Berichte heißt:

„da die Beschlüsse der Nationalversammlung doch nicht bloß dazu gefaßt werden können, um in einem kleinen Theile von Deutschland zur Ausführung zu kommen, oder diesen mit Ausgaben und anderen Lasten im Namen des Reiches zu belasten, welche nur gemeinsam getragen werden können, so muß schon aus diesem Grunde der einzelnen Regierung, also auch der württembergischen das Recht zugeschrieben werden, vor Anerkennung und Vollziehung jener Beschlüsse ein Cognitionsrecht auszuüben und überhaupt zu verhindern, daß nicht aus der Nationalversammlung eine der Sicherheit des Landes gefährliche Mitregierung erwachse“ u. s. w.

Wenn ferner auf Grund dieses Berichtes die Kammer erklärte, daß sie der Ansprache des Gesammt-Ministeriums im Sinne der gegebenen Ausführung beitrete, daß sie also Beschlüsse der von der Nationalversammlung eingesetzten Regentschaft nicht als ohne Weiteres für Württemberg verbindlich betrachte, sondern sowohl der K. Staatsregierung, als auch betreffenden Falls der Ständeversammlung eine Prüfung und Anerkennung derselben vom Standpunkte der Landes- und Reichsverfassung vorbehalte, so ist eben damit ausgesprochen, daß auch den Beschlüssen der Nationalversammlung, als der Urheberin jener Regentschaft, unbedingte Geltung dermalen nicht beigelegt werden könne.

Wenn behauptet wird, die Kammer sei durch diesen Ausspruch in Widerstreit mit früheren Grundsätzen, namentlich mit ihrer Antwort-Adresse auf die Thronrede getreten, worin es als feststehende Pflicht aller deutschen Stämme und Regierungen erklärt worden, die Beschlüsse der deutschen konstituirenden Nationalversammlung als Gesetz auch da anzuerkennen, wo sie mit den Ansichten und Interessen der einzelnen nicht zusammenstimmen, so ließe sich dieser behauptete Widerstreit einfach mit der Bemerkung ablehnen, daß ja der Gehorsam der Einzelstaaten gegen die Nationalversammlung unmöglich weiter gehen könne, als der Unterthanen-Gehorsam, welcher bekanntlich kein blinder oder unbedingter, sondern nur ein be-

dingter d. h. verfassungsmäßiger ist. Damit wäre aber die Frage in ihrer eigentlichen Form nicht gelöst, sondern umgangen. Wir gehen allerdings weiter, indem wir wiederholt genöthigt sind, auszusprechen, daß der Standpunkt der Nationalversammlung und in dessen Folge die Stellung unseres Landes zur Nationalversammlung in neuester Zeit sich geändert haben. Die thatsächliche Aenderung liegt darin, daß die Nationalversammlung in dem größten Theile Deutschlands, namentlich in den Hauptstaaten, von den bestehenden Regierungen nicht mehr anerkannt wird, daß sie nur noch aus verhältnißmäßig wenigen Abgeordneten, und zwar meist Mitgliedern derselben Partei, die sich allerdings vorzugsweise die Volkspartei nennt, besteht, indem in den renitirenden Staaten sowohl die nöthig gewordenen Neuwahlen als auch die Nachsendung von Ersatzmännern (wozu es einer Ermächtigung der betreffenden Regierungen nicht bedurfte), fast durchweg unterblieben ist; daß demnach die Nationalversammlung das deutsche Volk in seinen politischen Verzweigungen und Interessen nicht mehr vollständig vertritt, also auch mit der Volkssouveränetät der That nach nicht mehr bekleidet ist; wie am deutlichsten daraus hervorgeht, daß die Nationalversammlung zur Sicherheit nicht gegen auswärtige, sondern gegen innere Feinde sich veranlaßt fand, ihren Sitz von Frankfurt hinweg weiter nach Süden in die Mitte derjenigen Völkerschaften zu verlegen, welche am frühesten für die deutsche Sache sich erklärt, und noch jetzt, wiewohl nicht alle in gleich aufrichtigem Sinne, zur Reichsverfassung halten. Daß in politischen Dingen die materielle Macht und nicht der Einzelwille den Ausschlag gibt, mag dieser auf einer noch so hohen sittlichen Stufe stehen, jene einer noch so verwerflichen Richtung folgen, ist bekannt. Ebenso leuchtet ein, daß ein politischer Körper, dessen Macht, abgesehen von der ihm zur Seite stehenden öffentlichen Meinung, entlehnt ist von außer ihm stehenden politischen Gewalten, verlassen von diesen, zuletzt darauf beschränkt ist, Beschlüsse zu fassen, die um so mehr an Gewicht verlieren, je weniger ihnen ein äußerer Nachdruck gegeben werden kann. Endlich hat die Kammer der Anerkennung der Nationalversammlung in ihrer Antwortadresse das ausdrückliche Motiv beigefügt, „daß nur in dem festen Zusammenschließen der Bruderstämme und in der Kraft des Ganzen die Freiheit und Wohlfahrt der einzelnen Theile gedeihen kann." Wenn daher auch in politischen

Verabredungen und Zusagen sich die clausula rebus sic stantibus nicht von selbst verstände, indem z. B. einem Staate, der eine Allianz mit einem andern Staate eingegangen, auch ohne besonderen Vorbehalt nicht zugemuthet werden kann, die versprochene Hülfe zu leisten, wenn dieser andere Staat seine Regierungsform wesentlich ändert und dadurch weniger Garantien des völkerrechtlichen Verhaltens darbietet, vielleicht gerade damit den Krieg herbeizieht, so ist doch in jenem beigesetzten Beweggrunde die Voraussetzung ausgesprochen, daß dem Anschlusse von württembergischer Seite ein gleich aufrichtiger, thatsächlicher Anschluß der anderen deutschen Stämme entgegen komme, und daß somit wirklich auf die Kraft des Ganzen und nicht bloß des einzelnen Theiles die Nationalversammlung und ihr Werk gestützt sei.

Wie es gekommen, daß die verfassunggebende National-Versammlung, nachdem sie ihre Aufgabe, dem Reiche eine Verfassung zu geben, vollendet, bei den Maßnahmen zu deren Vollstreckung auf so großen Widerstand stoßen und zuletzt in sich selbst zerfallen konnte, ist hier nicht der Ort auseinander zu setzen. Aber bemerken müssen wir, daß nicht uns der Vorwurf trifft, durch Erörterung von Zweifeln wider die unbedingte Machtvollkommenheit der National-Versammlung dieser verehrten Korporation den Boden in unserem gastlichen Lande gewissermaßen unter den Füßen weggezogen zu haben, wie uns der Minderheitsbericht beschuldigen will, da jene Zweifel, welche durch die neueren Beschlüsse der National-Versammlung hervorgerufen wurden, nicht von uns, sondern von der Minderheit der Commission zuerst erörtert und auch, nachdem unser vermittelnder Antrag von der Kammer angenommen worden, noch auf Lösung des oben im Eingange erwähnten ersten Punktes gedrungen wurde. Desgleichen übersieht der Minderheitsbericht, daß es sich nicht bloß darum handelt, Schwierigkeiten, welche der National-Versammlung entgegenstehen, aus dem Wege zu räumen, sondern auch Schwierigkeiten, welche der Wirksamkeit der Staatsbehörden, dem Frieden und der inneren Selbstständigkeit des Landes erwachsen, entgegenzutreten. Der Grundsatz des alten Rechtes: „in welche Stadt der König (Kaiser) kommt, da sind ihm die Gerichte ledig", d. h. da kommt ihm die Jurisdiktion oder entscheidende Gewalt zu, entspricht so sehr der Natur einer souveränen Macht und dem menschlichen Triebe zur Herrschaft, daß ein Zusammenstoß zwischen Reichs-

und Landesgewalt, auch wenn beide noch so vorsichtig und gesetzmäßig ihr Benehmen einzurichten suchen, auf die Dauer nicht zu vermeiden ist. Um wie viel mehr gebietet schon die allernächste Staatsklugheit und die Pflicht der Selbsterhaltung, welche für die Regierung des Staates Rechtspflicht ist, den zweifelhaften Organen der deutschen Gesammtheit gegenüber eine gesicherte Stellung nicht leichtsinnig aufzugeben und so wenigstens die Freiheit des eigenen Landes und damit den Boden zu retten, von wo aus dem Reiche eine wahrhafte Stütze werden kann. Der in unsere Mitte gerückten Nationalversammlung und ihrer improvisirten Regentschaft das Schwert dieses Landes zu überliefern, um Württemberg in dieselbe Bahn einer gewaltsamen Bewegung zu bringen, welche zum großen Schaden des Reiches einige Theile von Deutschland ergriffen hat, wäre geradezu eine Selbstvernichtung, und zwar ohne das Verdienst der Hingabe an eine große Sache. Wir kommen nun

I.

auf die rechtliche Beurtheilung des von der Minderheit gestellten Antrages auf neue ausdrückliche Anerkennung der Nationalversammlung, und zwar mit Rücksicht auf ihre gegenwärtige Zusammensetzung. Allerdings enthält der §. 18. der Geschäftsordnung der Nationalversammlung vom 29. Mai vorigen Jahres die Bestimmung:

> „Die Versammlung ist beschlußfähig, wenn 200 Mitglieder anwesend sind."

Diese Zahl erscheint ziemlich nieder in Vergleich mit der wichtigen Aufgabe und dem ursprünglichen Umfang der Nationalversammlung [1]), welche jedoch nie die Zahl von 600 (geschweige die volle Zahl von 665) erreichte. Nachdem durch den Austritt vieler österreichischen Abgeordneten die Versammlung bedeutend vermindert worden war, wurde in der Sitzung vom 30. April auf Antrag von Golz und Genossen beschlossen:

1) Nach den Beschlüssen des Vorparlaments sollte je auf 50,000 Einwohner ein Abgeordneter zur Nationalversammlung gewählt werden; zugleich wurde beschlossen, die Zählung nach der Bundesmatrikel zu Grund zu legen, worin die Bevölkerung Deutschlands auf 30,164,392 Seelen angenommen ist, während sie in Wirklichkeit im Jahre 1847 über 40 Millionen betrug. Die neuen Provinzen (Ost- und Westpreußen, Deutschposen und Schleswig) sind bei beiden Zählungen nicht mitgerechnet.

„Der §. 18. der Geschäftsordnung wird dahin abgeändert, daß die Versammlung beschlußfähig sey, wenn 150 Mitglieder anwesend sind“ [1]).

Dieser Beschluß wurde gefaßt nicht durch förmliche Abstimmung, sondern durch Aufstehen und Sitzenbleiben, wobei jedoch Mitglieder auf allen Seiten sich erhoben. Bei einem Beschlusse derselben Sitzung stimmten auf Namensaufruf 378 Mitglieder; es ist daher nicht zu zweifeln, daß auch bei jenem Beschlusse die gesetzliche Zahl von 200 Mitgliedern thätig war.

Weiter beschloß die Versammlung am 24. Mai auf Antrag von Golz und Genossen

„in Erwägung, daß die preußischen Abgeordneten abberufen worden, und diese zum großen Theile dem Rufe gefolgt sind und Viele in Kürze demselben folgen werden:

Die Versammlung ist beschlußfähig, wenn 100 Mitglieder anwesend sind.“

Dieser Beschluß wurde gefaßt mit 115 Stimmen gegen 35 [2]), also gerade in Anwesenheit der nöthigen Mitgliederzahl. Die Gültigkeit auch dieses Beschlusses scheint daher formell nicht beanstandet werden zu können. Und dennoch ist nicht zu übersehen, daß auf jenem Wege allmählig die Versammlung bis zur allerkleinsten Zahl heruntersteigen könnte und daß es widersinnig wäre, einer Versammlung von 100, 50, 25 oder gar 3 Mitgliedern (die zu einem Kollegium hinreichen) dieselben Rechte einzuräumen, wie dem von dem Volke ursprünglich gewählten Nationalparlamente! Wo ist nun die Grenze?

Offenbar können die zurückgebliebenen Mitglieder nicht zugleich als Stellvertreter der ausgetretenen sich betrachten: denn die Uebertragung der Stimme ist bei gewählten Volksvertretern, die ihr Mandat vom Volke haben, nicht zulässig, am wenigsten aber von Seite solcher Personen, die selbst nicht mehr Mitglieder sind, gesetzt auch, daß ihre Absicht gewesen wäre, auf jenem Wege die Versammlung aufrecht zu erhalten. Wenn nun gleich bei einer politischen Gemeinschaft der Kollektivwille oder Gesammtwille mehr oder weniger auf einer künstlichen Vorstellung beruht, so muß doch diese Fiktion möglichst

---

1) Stenogr. Bericht S. 6347, 6356.

2) Stenogr. Bericht S. 6725.

der Wahrheit nahe kommen. Der Natur der Sache und dem Zeugnisse unserer deutschen Rechtsbücher aber entspricht es, die Mehrheit aller Mitglieder entscheiden zu lassen [1]). Es gibt zwar Fälle, wo die Herrschaft der Majorität von den Schriftstellern nicht anerkannt wird; Einzelne behaupten, daß zum Mindesten zwei Drittheile bei der Versammlung einer Korporation anwesend seyn müssen, wogegen der Beschluß unter diesen alsdann durch die Mehrheit gefaßt werden könne. Die Verfassungsgesetze weichen sehr von einander ab. Während die württembergische Verfassung zum Bestande der zweiten Kammer, und zwar nicht bloß zur ersten Bildung (§. 160.), sondern auch zu späteren Sitzungen (§. 175.) die Anwesenheit von mindestens zwei Drittheilen der Mitglieder fordert, einen Beschluß der also gebildeten Kammer aber, Verfassungs-Aenderungen abgerechnet, aus einfacher Mehrheit hervorgehen läßt, begnügt sich die deutsche Reichsverfassung §. 98. mit der Theilnahme der Hälfte der gesetzlichen Anzahl der Mitglieder eines Hauses, unter welcher alsdann wieder einfache Stimmenmehrheit entscheidet. Die Verfassung der vereinigten nordamerikanischen Freistaaten (Art. 1. Abth. 5. §. 1.), die belgische Konstitution (Art. 38.), die Verfassung der neuen französischen Republik (Art. 40.) und andere fordern dagegen zu einer gültigen Beschlußfassung, in der zweiten wie in der ersten Sitzung, die Gegenwart eines Mitgliedes mehr als der Hälfte der Repräsentanten. Am nachsichtigsten ist der Gebrauch des brittischen Parlaments, wo zu einer Berathung und Beschlußnahme im Unterhause 40 Mitglieder (von 658) genügen, während das Oberhaus für vollzählig gilt, wenn auch nur drei weltliche Mitglieder und ein geistliches anwesend sind. Doch wird eine so kleine Versammlung schicklicher Weise nicht mißbraucht, um die wichtigsten Anträge in rascher Weise durchzusetzen — schon die dreimalige Lesung in verschiedenen Sitzungen und die Konkurrenz des Oberhauses sichern gegen einen auf diesem Wege gewonnenen Parteisieg, welcher jedenfalls nicht die Majorität des Volkes für sich hätte. Noch weniger genügt eine solche Minderzahl überhaupt zur Vertretung des englischen, schottischen und irischen Volkes in dem vereinigten Parlament. Sie genügte auch früher nicht, als noch die Parlamente getrennt waren. Der Rumpf des englischen Parlaments, welchen die aufständische Armee im Jahr

---

1) Schwäb. Landr. §. 214. Sächs. Landr. II. §. 55.

1648 übrig gelassen hatte, beschloß, seine Geschäfte nicht fortzusetzen, bis ihm seine Mitglieder zurückgegeben seyen, und doch zählte das Unterhaus, welches allein noch befragt wurde, damals genug Mitglieder, um nach einer neuen Beraubung von 40 Mitgliedern mit 50 Stimmen gegen 28 die Vorschläge des Heeres in Betracht zu ziehen, d. h. den Plänen des Oliver Cromwell nachzugeben. Dieser neue Beschluß, welchem eine immer größere Abhängigkeit des Hauses und der sanktionirte Königsmord folgte, bis der Protektor auch jenes Werkzeug von sich stieß und die Republik mit einem selbst geschaffenen Parlamente und sodann allein leitete, — dieser Beschluß war durch Gewalt hervorgebracht und Niemand zweifelt in England, daß das also geschmälerte Parlament (rump-parliament) kein gesetzliches war.

Kehren wir wieder zu unserem ersten deutschen Parlamente, so muß es gewiß als ein großes Unglück erscheinen, daß, theils bewogen durch Abberufungen von Seite mehrerer Regierungen, denen die Wähler und großentheils auch die Gewählten keinen Widerstand leisteten, theils getrieben durch Verzweiflung an der Wirksamkeit dieser Versammlung, so viele Mitglieder austraten. Allein mögen die Beweggründe eines solchen Schrittes noch so verschieden beurtheilt werden, und die Folgen desselben noch so betrübend seyn, wir dürfen doch unsere rechtliche Ueberzeugung nicht unterdrücken, daß zum Daseyn der Nationalversammlung als solcher die gegenwärtige, wenige mehr als hundert mit Sicherheit betragende, Mitgliederzahl nicht hinreiche. Abgesehen von dem §. 18. der Geschäftsordnung kommt nämlich in Betracht der §. 4. derselben, wonach die Nationalversammlung sich erst mit 350 legitimirten Mitgliedern als konstituirt betrachtete, wovon nach §. 18. allerdings nur 200 in der Sitzung zugleich anwesend seyn mußten. Der §. 4. besteht unabhängig von dem §. 18., doch ist dieser in einem inneren Zusammenhange mit jenem. Die Zahl 350 in §. 4. ist nämlich gegriffen im Verhältniß zur Gesammtzahl der zu wählenden Vertreter (665), wovon jene mehr als die Hälfte beträgt. Die Ziffer 200 in §. 18. aber verhält sich wie 4 zu 7, stellte somit wieder eine relative Mehrzahl unter den zum Bestande der Versammlung mindestens erforderlichen 350 Mitgliedern dar. Mit Aenderung des §. 18. ist der §. 4. nicht zugleich abgeändert worden; es wirft sich daher zuerst die Frage auf, ob die hiernach nöthige Grundzahl von 350 Mitgliedern (mit Einschluß der Beurlaubten) noch vorhanden? und

da dieß nach dem Protokolle vom 6. Juni [1]) entschieden nicht der Fall, so kann den zurückgebliebenen Mitgliedern schon aus diesem Grunde in so lange, bis sie sich wieder zu jener Zahl durch neue Wahlen verstärkt haben, die Beschlußfähigkeit nicht zuerkannt werden. Man könnte zwar einwenden, der §. 4. beziehe sich nur auf die erste Constituirung der Versammlung [2]); sobald aber die Versammlung einmal gebildet, sey die nach §. 18. erforderliche Zahl von 200 Mitgliedern ebensowohl als Trägerin des Gesammtwillens anzusehen, wie die zuerst eingetroffene Zahl von 350 Mitgliedern. Allein es ist nicht gesagt, daß die 350 Mitglieder gerade in der ersten Sitzung und bei jedem Beschlusse in dieser Sitzung anwesend seyn müssen; sie bilden vielmehr nur die Grundlage der Versammlung, welche auch durch die geringere Zahl von 200 Mitgliedern vertreten seyn kann. Man wird aber annehmen müssen, daß dieser Fonds zum Begriffe der Nationalversammlung stets erforderlich sey, oder mit andern Worten, daß der §. 4. für die Bildung der Versammlung überhaupt, also auch für ihre spätere rechtliche Existenz, die mindeste Zahl habe festsetzen wollen. Dafür spricht auch nicht bloß die Natur der Sache, sondern ebensowohl die Analogie anderer Verfassungen, welche zur Bildung der Versammlung in späteren Sitzungen dieselbe Mitgliederzahl verlangen, wie zum ersten Zusammentritte, so namentlich die württembergische Verfassung, deßgleichen die deutsche Reichsverfassung. Wir halten aber auch eine Aenderung der Geschäftsordnung in der Weise, daß dadurch der Grundsatz der Mehrheits-Entscheidung verletzt, und eine bloße Viertels- oder Sechstelsvertretung eingerichtet würde, als im Widerspruch stehend mit dem Begriffe einer Volksvertretung und dem Sinne und Geiste des der Nationalversammlung insbesondere ertheilten Auftrages, für unstatthaft und nichtig. Wenn auch die

---

1) Als Abwesende, von welchen jedoch großentheils ungewiß ist, ob sie wiederkehren, sind hier angeführt 151; dazu die anwesenden 102, so zählt die Nationalversammlung im günstigsten Falle noch 253 Mitglieder, also zu wenig 97.

2) „Sobald die Zahl der anerkannten Mitglieder 350 erreicht, hat der Vorsitzende die Nationalversammlung zu einer Sitzung einzuladen, in welcher von ihm die Namen der Anerkannten verkündigt werden, und sodann zur Wahl des Vorstandes der Nationalversammlung geschritten wird."

Erledigung laufender Geschäfte durch die Praxis oder das Geschäfts-Reglement häufig in die Hände einer kleineren Zahl von Mitgliedern gelegt ist, z. B. des Bureau, so läßt sich doch keinen Falls rechtfertigen, die Verfassung oder Organisation des Gesammtstaates von einer Minderheit der Vertreter ausgehen oder abändern zu lassen.

Ein Schritt, welcher zur Befestigung der Nationalversammlung gleichfalls nichts beitragen konnte, sondern ihr im Glauben des Volkes und im Vertrauen auf ihre Weisheit und ihre Mäßigung sehr geschadet hat, war der rasch gefaßte und alsbald ausgeführte Beschluß, nach Stuttgart zu übersiedeln, also die alte Wahlstadt Frankfurt zu verlassen, wohin sie einberufen und wo auch der Sitz der Centralgewalt, wie früher des Bundestages, war. Es ist kein bloßes Vorurtheil, welches für eine Regierung und eben so für eine Landesversammlung oder Reichsversammlung, namentlich für eine verfassunggebende, eine feste Residenz, einen stetigen Sitz in Anspruch nimmt; der Gedanke einer festen, mit Sicherheit nach allen Seiten ausschauenden Macht verkörpert sich durch diesen greifbaren Mittelpunkt, zumal wenn er noch von geographischer oder historischer Bedeutung ist. Noch weniger war die Besorgniß unbegründet, es möchte, gleich wie die einseitige Verlegung der österreichischen und preußischen Nationalversammlung nach Kremsier und Brandenburg im gouvernementalen Interesse angeordnet worden ist, umgekehrt diese Verlegung der Nationalversammlung nach Stuttgart von einer äußersten Partei für ihre Zwecke benützt werden. Man hat die Handlung jener beiden mächtigsten Regierungen, welche die Nationalversammlungen für ihre Staaten selbst angeordnet hatten, für nichtig und wirkungslos erklärt — und wirklich ist auch die Verpflanzung nach Brandenburg nicht gelungen — aber ist nicht mit dem Schritte von Frankfurt nach Stuttgart (wo die Versammlung nicht mehr noch weniger Sicherheit genießt, wie dort) den deutschen Regierungen, ist nicht dadurch der deutschen Centralgewalt, welche so wenig, wie irgend eine Landesregierung, darüber befragt worden war, ein Grund zur Bekämpfung aller und jeder Thätigkeit der Nationalversammlung an ihrem neuen, einseitig gewählten Sitze gegeben worden?

Wir führen dieß nur an als ein unterstützendes Moment für die Ansicht, daß der hieher verpflanzte Rest der Nationalversammlung nicht mehr die Frankfurter Versammlung selbst sei, ohne dar-

um jenes Moment, wie eines unserer Mitglieder und auch das Reichsministerium in einem Schreiben an die württembergische Regierung thut, als entscheidend hinzustellen. Der Hauptgrund ist uns der oben angeführte: die unzureichende Mitgliederzahl. Wenn wir hiernach das Daseyn der Nationalversammlung in ihrer ursprünglichen Machtvollkommenheit läugnen müssen, so verkennen wir doch keineswegs den hohen Werth, welchen die Fortdauer einer wahrhaften Volksvertretung, zumal unter der gegenwärtigen unglückseligen Spaltung Deutschlands hat, und es wäre daher sehr zu wünschen, daß der zurückgebliebene Theil der Versammlung bald wieder zu der früheren numerischen und politischen Bedeutung anwachse und damit in den Stand gesetzt werde, aus dem Zustande unfreiwilliger Vertagung in eine neue Thätigkeit zu Frankfurt überzugehen oder aber das Mandat in die Hände des ersten Reichstages niederzulegen, welcher nach Beschluß der Nationalversammlung vom 4. Mai auf Grund der Verfassung am 22. August in Frankfurt a. M. zusammentreten soll [1]).

Mit dieser Auffassung stimmt auch im Wesentlichen überein der von Uhland verfaßte Aufruf der Nationalversammlung an das deutsche Volk vom 26. Mai [2]), worin aufrichtig erklärt wird, daß die Herabsetzung der beschlußfähigen Mitgliederzahl nicht dazu benützt werden dürfe, um den Sieg der ausharrenden Partei zu erringen, sondern dazu, daß nicht das letzte Band der deutschen Volkseinheit reiße, daß jedenfalls ein Kern verbleibe, um den bald wieder ein vollerer Kreis sich ansetzen könne. Eine Aenderung der Reichsverfassung oder eine andere Handlung, welche derselben entgegen wäre, würde hienach auch im Sinne der Nationalversammlung vom 26. Mai dem noch übrigen Vereine von Abgeordneten nicht zukommen. Eben so wenig kann man diesen Verein für befugt erachten, Gesetze abzuändern, welche von der früheren, vollzähligen Nationalversammlung erlassen worden, oder überhaupt aus eigener Gewalt Gesetze zu geben, die auch von der konstituirenden Versammlung in ihrer Gesammtheit nur ausnahmsweise erlassen wurden. Endlich müssen wir demselben auch das Recht bestreiten, zur Durchführung der Reichsverfassung oder eines andern politischen oder socialen Systems den Weg der Gewalt zu beschreiten und zu

1) Stenographischer Bericht S. 6435.

2) Stenographischer Bericht S. 6735. 6761.

diesem Ende einzelnen Staaten Lasten aufzuerlegen, welche nur von der Gesammtheit auferlegt und nur von allen Staaten gemeinsam getragen werden können.

Sollen wir unsere staatsrechtliche Ueberzeugung, wie dieß im Auftrage der Kammer liegt, bestimmt aussprechen, so können wir dieselbe nur auf folgende Weise zusammenfassen:

1) Die im vorigen Jahre von den deutschen Volksstämmen und deren Regierungen nach Frankfurt berufene Nationalversammlung ist rechtlich nicht als aufgelöst, sondern nur als unfreiwillig vertagt zu betrachten, bis die Zahl ihrer Mitglieder sich wieder auf 350 vervollständigt oder ein von dem Volke anerkannter Reichstag an ihre Stelle getreten sein wird.

2) Der jetzt in Stuttgart tagende Theil der früheren Nationalversammlung ist nicht berechtigt, die Stelle der Nationalversammlung einzunehmen, und in dieser Eigenschaft die Reichsverfassung und die durch den Reichsverweser verkündigten Reichsgesetze abzuändern oder für einzelne Staaten und deren Unterthanen verbindliche Beschlüsse zu fassen.

Der Berichterstatter muß jedoch bemerken, daß dieser rechtlichen Ansicht entschieden nur 3 Mitglieder (Adam, Reyscher, Sautter) beigetreten sind[1]), während drei andere Mitglieder (Pfäfflin, Stockmayer, Seeger) auf dem Minoritätsberichte vom 9. Juni einfach beharren und unser Vorsitzender (v. Zwerger) dießmal weder der einen noch der andern Ansicht beigetreten ist, sondern sich vorbehält, folgenden vermittelnden Antrag zu stellen: die Ständeversammlung möge erklären,

„sie erkenne die hier tagende Nationalversammlung in ihrem gegenwärtigen Bestande, in so ferne sie sich innerhalb der Reichsverfassung bewegt, unter Festhaltung des am 9. Juni d. J. in der 156. Sitzung gegenüber der provisorischen Regentschaft ausgesprochenen Vorbehalts an."

Die drei genannten Mitglieder der früheren Majorität hätten sich gerne mit diesem Antrage vereinigt, wenn nicht eine ausdrückliche Anerkennung der Versammlung darin enthalten wäre, welche sie mit den ausgeführten Rechtsgrundsätzen so wenig vereinigen können, daß sie vielmehr den Antrag stellen zu müssen glauben:

1) Nachträglich hat sich auch der Vorsitzende diesen 3 Mitgliedern angeschlossen und dadurch ihrem Antrag die Mehrheit verschafft.

die hohe Kammer möge beschließen, daß sie dem von der früheren Minorität gestellten Antrag, die National-Versammlung in ihrer gegenwärtigen Zusammensetzung als zu Recht bestehend anzuerkennen, nicht beizutreten wisse.

Folgendes Gutachten in einer anderen Angelegenheit ist mit vier (v. Zwerger, Adam, Reyscher, Sautter) gegen drei (Pfäfflin, Stockmayer, Seeger) beschlossen worden:

II.

In der Sitzung vom 14. Juni ist der staatsrechtlichen Commission ein Antrag des Abg. Schoder zur Berichterstattung zugewiesen worden, dahin gehend:

„die Regierung zu bitten, ungesäumt die württembergischen Bataillone von dem von dem Reichsgeneral, Generallieutenant v. Peucker, kommandirten Reichsheere zurückzuziehen."

Wir haben über diesen Antrag zunächst Folgendes geschichtlich zu bemerken:

Bekanntlich hat sich Württemberg der am 28. Juni v. J. von der Nationalversammlung niedergesetzten provisorischen Centralgewalt ebenso unterworfen, wie die anderen deutschen Staaten; auch hat der deutsche Bundestag, als die bis dahin geltende Bundes-Centralgewalt, sein Mandat sofort in die Hände des Reichsverwesers abgegeben. Nach Art. 1. des Gesetzes über Einführung einer provisorischen Centralgewalt für Deutschland ist diese Centralgewalt für alle gemeinsamen Angelegenheiten der deutschen Nation bestellt; sie hat die vollziehende Gewalt zu üben in allen Angelegenheiten, welche die allgemeine Sicherheit und Wohlfahrt des deutschen Bundesstaats betreffen. Insbesondere ist ihr übertragen die Oberleitung der gesammten bewaffneten Macht und die Ernennung der Oberbefehlshaber.

Die württembergische Regierung hat demzufolge zu dem dänischen Krieg in seiner ersten und zweiten Folge die geforderten Truppen an das Reichskommando abgegeben. Sie hat ferner im vorigen Jahre zu Folge Beschlusses der Centralgewalt ein Truppen-Corps im Großherzogthum Baden aufgestellt, welches jedoch vor Kurzem in das Land zurückgezogen worden ist, mit Ausnahme jener zwei Bataillons, welche zuvor schon auf Befehl der Centralgewalt nach Frankfurt und nachher nach Hessen dislocirt worden sind, wo

sie vereint mit hessischen und anderen Reichstruppen theils zum Schutze der Nationalversammlung und Centralgewalt, theils zum Schutze des hessischen Großherzogthums bisher verwendet wurden. Diese zwei Bataillons und das in Schleswig stehende Bataillon sind die einzigen württembergischen Streitkräfte, welche gegenwärtig im unmittelbaren Reichsdienste stehen.

Bereits am 21. Mai ist indessen ein gleicher Wunsch, wie der des Abg. Schoder von dem Abg. Becher an den Ministertisch gerichtet worden. Die Veranlassung dazu gab die Ernennung des neuen Reichsministeriums, welches ein Mißtrauensvotum der Nationalversammlung sich zugezogen hatte und die Erklärung dieses Ministeriums, daß es die Durchführung der Verfassung als von seiner Aufgabe ausgeschlossen betrachte und für dieselbe fortan, wie bisher, auf keinem anderen Wege, als dem der Verständigung thätig seyn werde. Auf den Antrag des Abg. Schoder wurde dieser Gegenstand an die Fünfzehner-Commission gewiesen, welche noch desselbigen Tages durch den Abg. Schoder den Antrag an die Kammer stellte, die Regierung zu bitten, mit denjenigen Regierungen, welche die Reichsverfassung anerkannt haben, in Beziehung auf die zum Schutze der Nationalversammlung und Reichsverfassung zu ergreifenden gemeinsamen Maßregeln sich ins Benehmen zu setzen, auch unverweilt dafür Sorge zu tragen, daß das württembergische Militär nicht zu einem Angriffe auf die Nationalversammlung verwendet werde. Beide Anträge wurden angenommen.

Was die befürchtete Verwendung des württembergischen Militärs zu einem Angriffe auf Baden betrifft, so hat das württembergische Ministerium wiederholt der Kammer die Versicherung gegeben, daß ein solcher Angriff von seiner Seite nicht werde angeordnet werden, und daß es einem Befehle der Centralgewalt nur alsdann gehorchen werde, wenn derselbe in formeller und materieller Beziehung mit der Reichsverfassung in Uebereinstimmung sei [1]). Auch wurde vom Ministertische aus zugesichert, daß in dieser Weise der hessische General, dessen Kommando die württembergischen Truppen einverleibt, instruirt werden solle. Am 31. Mai endlich ward von der Kammer beschlossen, die Regierung unter Bezugnahme auf frühere Bitten um eine förmliche Zusicherung anzugehen, daß sie in

---

1) S. namentlich Verh. der Abg. vom 18. Mai S. 5074. 5075.

Vollziehung des Beschlusses der Nationalversammlung vom 26. Mai nach Kräften dahin wirken werde, eine Verbindung derjenigen Staaten, welche die Reichsverfassung anerkannt haben, herbeizuführen, jedenfalls aber im Falle eines Angriffs von Reichsfeinden sämmtlichen Reichsländern, mit Einschluß von Baden und Rheinbaiern, sobald diese Länder den durch ihre Anerkennung der Reichsverfassung übernommenen Pflichten in allen Beziehungen nachkommen, jede militärische Hülfe zu Theil werden zu lassen. Die Kognition über das verfassungsmäßige Verhalten jener beiden Provinzen konnte im Sinne der Kammer und nach der Natur der Sache zunächst nur der Reichsexecutiv-Behörde, also der Centralgewalt, und in letzter Instanz der Nationalversammlung, zugeschrieben werden. Dabei verstand sich von selbst, daß Baden und Rheinbaiern nicht durch einen Angriff auf andere Reichsländer den Reichsfrieden verletzen, und dadurch ein Einschreiten der Reichsregierung oder die Selbsthülfe der angegriffenen Staaten herbeiführen werde: denn auch hierin läge ja eine Verletzung der Reichspflicht.

Seit der Verhandlung vom Letzten vorigen Monats ist die Nationalversammlung hieher verlegt und gleichzeitig von ihr die Centralgewalt zur Nachfolge an den neuen Sitz eingeladen worden. Ehe diese sich aber erklärte, ward in der ersten zu Stuttgart gehaltenen Sitzung vom 6. Juni an die Stelle der Centralgewalt provisorisch bis zur Einsetzung eines Reichsstatthalters eine Regentschaft von fünf Personen eingesetzt, welche der Nationalversammlung verantwortlich ist und den Auftrag hat, die Reichsverfassung durchzuführen, die Beschlüsse der Reichsversammlung zu vollziehen und im Uebrigen die durch das Gesetz vom 28. Juni der provisorischen Centralgewalt übertragenen Pflichten und Befugnisse auszuüben. Zu den Obliegenheiten der Regentschaft wird ausdrücklich gerechnet die schleunige Aufstellung eines Reichsheers und die Organisation der Volksbewaffnung zur Durchführung der Reichsverfassung. Es hat auch die Regentschaft in dieser Beziehung bereits ein Ansinnen an unsere Staatsregierung gestellt, welche aber dasselbe entschieden abgelehnt hat. Einstweilen ist eine Note des Reichsministerraths zu Frankfurt vom 9. Juni an das württembergische Gesammtministerium gelangt, worin die Verlegung der Nationalversammlung nach Stuttgart als ungesetzlich und die Niedersetzung einer Regentschaft zu gewaltsamer Durchführung der Reichsverfassung als aufrührerisch erklärt und die K.

Regierung aufgefordert wird, jedes Auftreten der sog. Regentschaft im Voraus zu vereiteln.

Dieß ist der Stand der Sache. Nachdem wir die Nationalversammlung in ihrer gegenwärtigen Gestalt nicht als einen gesetzgebenden Körper anzuerkennen vermochten, so folgt daraus von selbst die Unverbindlichkeit des von ihr in ihrer 231. Sitzung mit 93 gegen 10 Stimmen gefaßten Beschlusses über Niedersetzung einer provisorischen Regierung. Hienach wird es überflüssig sein, uns bei dem Charakter dieser Regierung aufzuhalten, welcher der Titel einer Regentschaft (sonst gleichbedeutend mit Reichsverwesung), der That nach aber die Bedeutung einer provisorischen Regierung beigelegt ist, oder über den Widerstreit sich zu verbreiten, worin diese Einsetzung mit dem Gesetze vom 28. Juni 1848 (beschlossen mit 450 Stimmen gegen 100) steht, das die Dauer der provisorischen Centralgewalt bis zur „definitiven Begründung einer Regierungsgewalt für Deutschland" erstreckt. Auch der Beschluß der Nationalversammlung vom 23. Sept. 1848, betreffend die Verkündigung der Reichsgesetze, setzt als Inhaber der Centralgewalt den Reichsverweser voraus, und nur die solchermaßen im Reichsgesetzblatte verkündigten Reichsgesetze werden durch Beigebung zum Regierungsblatte in Württemberg zur offiziellen Kenntniß gebracht (Bekanntmachung des Justizministeriums vom 8. Nov. 1848, im Reg.-Bl. S. 506).

Die neueingesetzte Regentschaft ist bis jetzt von keinem deutschen Staate (ausgenommen von der provisorischen Regierung in Baden und in der bayerischen Pfalz) anerkannt; auch die württembergische Regierung erkennt sie nicht förmlich an, sondern hat vielmehr dieselbe durch Zuschrift vom 13. d. M. ernstlich aufgefordert, zur Sicherung des Landfriedens ihren Sitz ohne Verzug aus Württemberg hinweg in ein anderes Land zu verlegen. Stellen wir uns also auch auf den Boden der Thatsachen, so ist es nicht minder gewiß, daß wir eine deutsche Reichsregierung in der sogenannten Regentschaft nicht zu erkennen haben, sondern nur eine Commission, der wir gerne alle Achtung zollen würden, weil sie von dem Ueberreste der Nationalversammlung bestellt worden, welche aber die aufgetragene Durchführung der Reichsverfassung nur auf dem Wege der Revolution, keineswegs aber auf dem gesetzlichen Boden der Reichsverfassung, als konstituirte Reichs- oder Bundesgewalt, also auch nicht mittelst der in Anspruch genommenen Organisirung eines Reichsheeres versuchen kann.

Das einzige legale Centralorgan, welches derzeit noch in Deutschland besteht, ist die provisorische Centralgewalt, d. h. der von der Nationalversammlung eingesetzte Reichsverweser mit dem verantwortlichen Reichsministerium. Noch am 9. Mai hat die Kammer der Abgeordneten die Staatsregierung gebeten, sie möge der Centralgewalt zur Wahrung des Reichsfriedens, wie zum Schutze der gesetzlichen Volksbewegungen für Anerkennung der Reichsverfassung die gesammten württembergischen Streitkräfte zur Verfügung stellen. Seither hat sich zwar in Folge der Ernennung eines andern Reichsministeriums, Grävell-Wittgenstein, und in Folge der Weigerung dieses neuen Ministeriums, die Durchführung der Reichsverfassung in den Kreis seiner Exekutive zu ziehen, oder doch dafür auf anderem Wege, als dem der Verständigung mit den einzelnen Regierungen, thätig zu sein, ein Zwiespalt zwischen der Nationalversammlung und der Centralgewalt ergeben, welcher den Beschluß auf Errichtung einer Reichsstatthalterschaft, mit dem ausdrücklichen Auftrage der Durchführung der Reichsverfassung, zur Folge hatte, dem aber keine Folge gegeben wurde. Da es in der Reichsverfassung Abschn. 3. auf eine monarchische Spitze abgesehen ist, so hätte dieser Plan eines provisorischen Reichsstatthalters, welcher vorläufig die Rechte eines Reichsoberhauptes nach Abschnitt 3. der Reichsverfassung ausüben sollte, allerdings dem in der Nationalversammlung repräsentirten Willen des deutschen Volkes eher entsprochen, als die neue Fünferregierung, welche keine konstitutionelle Regierung, sondern ein Vollziehungs-Ausschuß ist. Jene Reichsstatthalterschaft, welche am 17. Mai von der damals noch vollzähligen Nationalversammlung (mit 126 Stimmen gegen 116 bei mehr als 150 Abwesenden) beschlossen wurde [1]), ist, wie gesagt, nicht zur Ausführung gekommen, indem kein Reichsstatthalter erwählt wurde. Es ist also die provisorische Centralgewalt, welche nach Nr. 8. jenes Beschlusses erst mit dem „Vollzug" desselben, also mit der Wahl und Antretung des Reichsstatthalters, aufhören sollte, auch durch das Gesetz vom 19. Mai nicht sofort aufgehoben worden; denn die von der Majorität des Verfassungs-Ausschusses beantragte Uebergangs-Regentschaft von fünf Mitgliedern ward von der Nationalversammlung mit der großen Majorität von 158 gegen 98 verworfen [2]).

---

1) Stenogr. Bericht S. 6690—6692.
2) Stenogr. Bericht S. 6685.

Wir sehen hiebei ab von dem Grundsatze des konstitutionellen Staatsrechtes, wornach die Absetzung des unverantwortlichen Oberhauptes durch das inkonstitutionelle Verhalten des verantwortlichen Ministeriums nicht gerechtfertigt ist; ferner von dem Umstande, daß der Absetzung auch nicht ein Gehör des Angeklagten vorausgegangen ist; gewiß ist uns nur, daß durch die unvollständige Nationalversammlung in Stuttgart nicht die Frankfurter Beschlüsse aufgehoben, noch an der Existenz der Centralgewalt etwas geändert werden konnte.

Der Erfolg hat das Mißliche des neuen Schrittes noch mehr herausgestellt. Die Centralgewalt mit den sich an sie anlehnenden Geld- und Streitkräften besteht in ihrer Wirksamkeit fort, und man muß sich nach Lage der Sache Glück hiezu wünschen, indem sonst Deutschland ohne irgend eine Gesammtleitung wäre, welche die zersplitterten Kräfte nach Möglichkeit verbinden und die zerrüttete Ordnung in den kleineren Staaten noch einigermaßen stützen könnte. Da ein Bündniß der 30 Staaten, welche die Frankfurter Verfassung anerkannt haben, bis jetzt nicht zu Stande gekommen, im Norden vielmehr ein Gegenbündniß zu Einführung der von Preußen proponirten Verfassung im Werke ist, so erscheint in der That die Beiseitsetzung der Centralgewalt doppelt ungeschickt und verwerflich in einem Augenblicke, wo dieselbe Centralgewalt den preußischen Forderungen gegenüber eine feste und würdige Stellung eingenommen hatte und wo ein anderer mächtiger Stützpunkt wider die von allen Seiten hereinbrechende Gesetzlosigkeit voraussichtlich nicht zu gewinnen war.

Was die der württembergischen Regierung nach dem Schoder'schen Antrage anzusinnende Zurückziehung der beiden Bataillone in Hessen betrifft, so ist auch hierzu ein nöthigender Grund nicht vorhanden; denn wenn auch die Centralgewalt sich derselben zur Durchführung der Reichsverfassung nicht bedienen wird, obgleich hiefür die Kammer in der Sitzung vom 9. Mai die gesammten württembergischen Streitkräfte anbot, so besteht doch der nächste Grund ihrer Verwendung im Reichsdienste, der bedrohte Reichsfrieden, noch in seiner vollen Bedeutung, nachdem offenkundiger Weise von Baden aus mehrere Einfälle in Hessen gemacht worden. Württemberg ist bei dieser Lage der Sache, ganz abgesehen von der Centralgewalt und dem Reichsministerium, weder berechtigt,

seine Hülfe einem reichsfreundlichen Staate zu entziehen, noch wäre es klug, dieses zu thun, da unser kleines Land nicht mächtig genug ist, um ohne Bundesgenossen sich unter allen Umständen zu erhalten, und wollte es jetzt seine Pflicht gegen alte Freunde nicht erfüllen, ihm im umgekehrten Falle auch der Beistand derselben entstehen würde. Es liegt übrigens noch ein besonderer Grund vor, welcher die Abberufung der Truppen vom Reichsheere unzulässig macht. Es ist nämlich aus öffentlichen Blättern bekannt, daß der Kampf an der hessisch-badischen Grenze bereits ausgebrochen ist. Eine Trennung der württembergischen Bataillone von den Reichstruppen wäre in diesem Augenblicke nicht bloß gefährlich für jene, sondern würde auch als Abfall von der gemeinsamen Sache erscheinen und so nicht bloß unabsehbare Verwicklungen mit der Centralgewalt und den reichsfreundlichen Staaten herbeiführen, sondern auch einen nachtheiligen Einfluß auf den Geist des Heeres ausüben, welches kaum noch auf die Pflichten für das Reich und die Reichsverfassung hingewiesen worden.

Wir sind hienach der Ansicht:

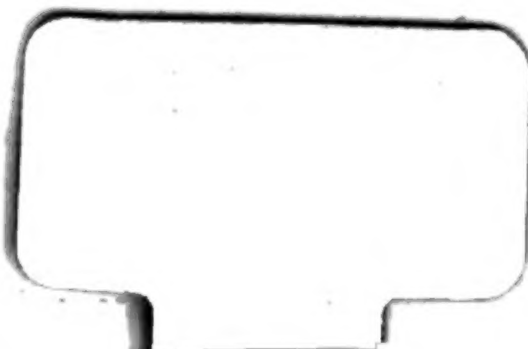
daß dem Antrage des Abg. Schoder auf eine Bitte an K. Staatsregierung um ungesäumte Zurückberufung der in Hessen stehenden zwei württembergischen Bataillone vom Reichsheere keine Folgen zu geben sei.

Die württembergische Kammer der Abgeordneten ist in ihrer Sitzung vom 18. Juni der Sache nach dem Gutachten der staatsrechtlichen Commission zu I und II beigetreten, d. h. sie ist über die begutachteten Anträge der Minderheit jener Commission und des Abg. Schoder zur Tagesordnung übergegangen. Sie hat ebendadurch Württemberg vor dem Schicksale Badens, ja sie hat dadurch vielleicht — wie der Abg. Freiherr v. Hornstein in einer der letztern Sitzungen des Landtags bemerkte — Deutschland gerettet. Die Reichsverfassung war ein Vergleich mit der Revolution und wurde deshalb von zwei entgegengesetzten Parteien angefeindet, von dynastischer Seite, namentlich von derjenigen Dynastie, welche in Folge derselben an die Spitze Deutschlands gerufen worden war, und von der republikanischen Partei, welche die Revolution nicht geschlossen wünschte und daher der Reichsverfassung

theils offen entgegentrat, theils sie nur als „gesetzlichen Schein" benutzte, um mittelst ihrer das Ziel der Revolution, den Umsturz der gesellschaftlichen Grundlagen, desto gewisser zu erreichen. Auch die konstitutionelle Partei war mit Manchem nicht einverstanden; aber sie hoffte von einer künftigen Revision auf verfassungsmäßigem Wege Läuterung; sie hoffte namentlich, wenn nur einmal der größere Theil von Deutschland staatlich verbunden, daß dann auch noch Oesterreich hinzutreten würde. Diese Partei der Deutschgesinnten hätte durch die Kraft der öffentlichen Meinung gesiegt, wäre nicht die Umsturzpartei, welche durch die Uebelberathenheit der Kabinette neuen Boden gewann, jenem Siege — bezeichnend genug — gerade in denjenigen Ländern entgegengetreten, wo derselbe am sichersten schien. So ward die deutsche Revolution zwar mit Hülfe der bewaffneten Macht für den Augenblick besiegt, aber sie ist darum nicht beseitigt, weil der Grund derselben noch fortdauert, und sie wird um so gewisser wiederkehren, je mehr die Unzufriedenheit durch neue Verletzungen des nationalen Ehrgefühls immer wieder Nahrung erhält.

Leider hat auch die Nationalversammlung zu verschiedenen Malen, wo die Macht und das Schicksal des Volks in ihren Händen lag, nicht verstanden, die deutsche Ehre zu retten, und das Volk hat sich deshalb unwillig von ihr abgewandt. Wie hätte es ihr gelingen sollen, noch in dem Volke eine Stütze zu finden, als sie, zu einem Rumpfe zusammengeschmolzen, allen Begriffen von politischem Ansehen und staatlicher Gewalt entgegen sich als Klubb organisirte! Es war ein drückendes Gefühl für diejenigen, welche treu das Wohl des gemeinsamen Vaterlandes im Herzen tragen, sich von dem Reste der deutschen Volksvertretung abwenden zu müssen; aber auf dem Standpunkte, welchen die noch übrigen Männer der Nationalversammlung ihrer Mehrheit nach eingenommen hatten, blieb einer Landesversammlung keine andere Wahl, als das Land von dem Bürgerkrieg und der darauf folgenden fremden Herrschaft frei zu erhalten und so wenigstens die Selbstbestimmung im eigenen Hause zu retten, wenn auch die Freiheit im großen Ganzen noch nicht möglich sein sollte.






Widener Library
3 2044 098 663 875